Der Begriff der Wegnahme im § 242 St.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde einer hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

überreicht von

Hellmut Schröter
Referendar

Breslau
Schlesische Druckerei A.-G.
1927

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

A. Einleitung:

Über die Notwendigkeit juristischer Begriffsforschung 5

B. Hauptteil:

Der Begriff der Wegnahme 8

I. Der Gewahrsamsbegriff 8

1. Ist der Gewahrsamsbegriff nach zivilrechtlichen oder rein strafrechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen? . . . 8

a) Die Vertreter einer strafrechtlichen Auslegung des Gewahrsamsbegriffs 9

b) Die Anhänger einer zivilrechtlichen Auffassung des Gewahrsamsbegriffs 10

2. Ist zum Gewahrsam ein Herrschaftswille erforderlich? 12

a) Die Willenstheorie 12

b) Die Gegner der Willenstheorie 27

II. Der Einfluß der Einwilligung des Gewahrsamsinhabers auf den Wegnahmebegriff 33

1. Die Vertreter der Ansicht, daß trotz Einwilligung der Wegnahmebegriff nicht aufgehoben wird 34

2. Die Anhänger der Meinung, daß die Nichteinwilligung ein Begriffsmerkmal der Wegnahme ist 36

3. Der Standpunkt des Reichsgerichts 37

4. Eigene Stellungnahme 40

III. Die Theorien über die Vollendung der Wegnahme 42

C. Schluß:

Der Wegnahmebegriff in den Vorentwürfen 47

Abkürzungen.

C.:	Commentar.
L.:	Lehrbuch.
DJZ.:	Deutsche Juristen-Zeitung.
E.:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
ERMG.:	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
G.A.:	Goltdammer Archiv.
G.S.:	Gerichtssaal.
H.H.:	v. Holtzendorff's Handbuch.
R.:	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RG..	Reichsgericht.
RMG.:	Reichsmilitärgericht.
O.:	Oppenhoff Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen.
V.D.B.:	Vgl. Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil.
Z.St.W.:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die Einstellung der Öffentlichkeit zur Justiz, wie sie sich gegenwärtig in Presse, Parlament und leider auch in der Gesetzgebung offenbart, ist wiederholt mit einem Schlagwort als „Vertrauenskrise" bezeichnet worden. Es hieße die tieferen Gründe dieser Erscheinung verkennen, wollte man ihre Ursachen allein auf politischem Gebiete suchen. Nicht die Umwälzungen der Revolution, nicht ein überlebtes Recht oder mangelnde Anpassungsfähigkeit des Berufsrichtertums haben erst neuerdings eine Kluft zwischen Justiz und Allgemeinheit aufgerissen, sondern von jeher hat als trennendes Moment eine grundlegende Verständnislosigkeit des Laientums für das begriffliche, streng logische Denken des Juristen bestanden. Erst der agitatorischen Polemik der Nachkriegszeit, die durch einzelne Fehlgriffe in der Rechtsanwendung ihre Nahrung fand, ist es vorbehalten gewesen, unter Verschleierung der wahren Gründe der „Vertrauenskrise" den Riß zu vertiefen und die Angelegenheit auf das politische Gleis zu schieben.

Wie unberechtigt im Grunde das wachsende Mißtrauen ist, können nur wenige Außenstehende ermessen. Daß jene den Laien unverständliche und so oft als Begriffsjurisprudenz gegeißelte Denkungsart keine wissenschaftliche Ausartung bedeutet, sondern unbedingte Voraussetzung jeder richterlichen Tätigkeit ist, wird selbst nur wenigen Gebildeten klar. Erst recht leuchtet dem Laien nicht ein, daß gerade im Strafrecht als der die Allgemeinheit am stärksten interessierenden und am unmittelbarsten berührenden Materie das Begriffliche eine so besonders weittragende Bedeutung hat. Bei der unerschöpflichen Vielgestaltigkeit des strafrechtlich bedeutsamen Geschehens liegt es jedoch auf der Hand, daß unmöglich für

jeden denkbaren Fall eine besondere Bestimmung getroffen werden kann. Erweist sich somit eine kasuistische Regelung von vornherein als undurchführbar, so bleibt dem Gesetzgeber nur der Weg, Tatkomplexe in allgemeinerer typisierender Fassung von Deliktstatbeständen unter Strafe zu stellen. Um die sich aus einer allgemeineren Normierung notwendig ergebenden Gefahr der verschiedenen Auffassung und Deutung zu vermeiden, bedarf es dabei im Interesse der Rechtssicherheit einer besonderen Prägnanz des Ausdrucks. Selbst die bestmögliche Wortfassung wird aber nicht die Zweifel ausschalten können, die der Sprachgebrauch ohne weiteres zuläßt. Sache der juristischen Wissenschaft muß es daher sein und bleiben, den Wortsinn im einzelnen sowie auch von Gesetz gebrauchte Wendungen und Ausdrücke nach ihrem juristischen Gehalt zu erforschen und damit die Synthese der vom Gesetz eingeführten Begriffe zu geben. Nur wer den begrifflichen Inhalt strafrechlicher Normen völlig erfaßt hat, wird sich anmaßen dürfen, an das strafrechtlich bedeutsame Geschehen die Richtschnur des Gesetzes zu legen. Unklarheiten in den grundlegenden Begriffen müssen notwendig zu schiefen Auffassungen und zu Fehlsprüchen führen. Eine um so bedauerlichere Konsequenz da, wo es sich um die Ehre, die Freiheit oder gar das Leben eines Menschen handelt. Daß im übrigen trotz streng wissenschaftlicher Forschung die Ergebnisse nicht stets einhellige sind, vielmehr auch in den wichtigsten Punkten tiefgehende Meinungsverschiedenheiten bestehen, erweist einerseits die Schwierigkeit der ganzen Materie, zum anderen aber auch gerade die dringende Notwendigkeit der juristischen Forschertätigkeit. Die Befürchtung, daß aus solchem wissenschaftlichen Streit Nachteile für die Praxis erwachsen, wäre an sich nicht von der Hand zu weisen. Da jedoch für den erkennenden Richter letzten Endes die Rechtsprechung des RG. als Richtschnur gilt, ist die Einheitlichkeit der Erkenntnisse trotz wissenschaftlicher, verschiedener Auffassung de facto gewährleistet.

Auch für die Praxis ist der Meinungsaustausch der Wissenschaft übrigens von besonderem Wert, weil er klärend und auf die Rechtsprechung befruchtend wirkt. Außerdem ist es nur der Wissenschaft möglich, im ständigen Wechsel der Erscheinungen, in der ständig fortschreitenden Entwicklung des Rechtsempfindens immer von neuem das geistige Rüstzeug zu überprüfen und alte Begriffe auf ihren Gehalt und Bestand zu untersuchen. Nur so besteht die Möglichkeit, eine Erstarrung zu verhindern und ein lebendiges Recht zu erhalten, das dem entspricht, was im Allgemeinempfinden als „Rechtens" gilt.

In diesem Sinne ist es besonders angebracht, solche Probleme zu untersuchen, die deshalb hervorragend wichtig sind, weil die sie enthaltenden gesetzlichen Tatbestände besonders häufig verletzt werden.

Eines der häufigsten Delikte ist der Diebstahl. Der Laie neigt auf Befragen zu der Ansicht, daß er sich darüber, was Diebstahl ist, völlig im klaren sei. Die gesetzliche Fassung: „Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft" scheint ihm vielleicht völlig eindeutig. Bei tieferem Eindringen wird aber auch er erkennen, daß der ihm so klar erscheinende gesetzliche Tatbestand zahlreiche Probleme enthält, ja daß sogar fast jedes Wort mehr als eine Streitfrage in sich birgt. Was heißt fremd? Was ist eine bewegliche Sache? Was heißt Absicht der rechtswidrigen Zueignung? Schon hier tut sich eine Fülle von Fragen auf. Aber nicht nur bei diesen spezifisch juristischen Ausdrücken ergeben sich Schwierigkeiten, sondern gerade auch dort, wo der juristisch Ungeschulte glaubt, keine Zweifel hegen zu brauchen. Wenn der Gesetzgeber weiter von der Wegnahme spricht, so wird sich der Laie nur ungern zu dem Geständnis bequemen, daß er sich unter diesem Worte eigentlich nichts Richtiges vorstellen könne. So klar der Begriff nach dem Sprachgebrauch umrissen zu sein scheint, so tiefgehende Meinungs-

verschiedenheiten haben sich doch über seinen Inhalt ergeben. Die nachfolgenden Untersuchungen wollen zur Klärung der hierauf bezüglichen Probleme beitragen.

Gewöhnlich wird der Begriff der Wegnahme definiert: Wegnahme ist die Aufhebung fremden und die Begründung eigenen Gewahrsams. Zur Erläuterung der Wegnahme bedarf man danach der Einführung eines neuen Begriffs, des Gewahrsams. Unerläßlich ist daher die Klärung der Vorfrage, was man unter Gewahrsam zu verstehen hat. Wenn im allgemeinen auch Übereinstimmung insoweit herrscht, daß der Gewahrsam ein gewisses, tatsächliches Verhältnis bedeutet, so steht man bei der näheren Feststellung des Begriffsinhalts doch schon mitten im Streit der wissenschaftlichen Ansichten. Die einen glauben den Begriff aus den zivilrechtlichen Besitzvorschriften entnehmen zu können, die anderen halten dafür, daß nur strafrechtliche Gesichtspunkte maßgebend sein dürften. Während für die erstere Alternative sich nur wenige Schriftsteller ausgesprochen haben, entspricht die Beantwortung im letzten Sinne der durchaus herrschenden Meinung. Bedeutung gewinnen diese beiden sich gegenüberstehenden Auffassungen bei der strittigen Frage, ob zum Gewahrsam ein Wille erforderlich ist. Wer den zivilistischen Ausgangspunkt wählt, muß den gleichen Standpunkt einnehmen, wie bei der Besitzlehre hinsichtlich eines Besitzwillens. Erkennt man aber einen rein strafrechtlichen Charakter des Gewahrsamsbegriffs an, so ist man an die Entscheidung bei der Besitzlehre nicht gebunden, sondern kann unabhängig davon einen Gewahrsamswillen verlangen oder ihn nicht für erforderlich erachten. Daß die Vertreter der zivilistischen Natur des Gewahrsamsbegriffs diese Konsequenz ziehen müssen, ist in der Literatur nirgends betont worden. Nur bei Harburger findet sich eine gewisse unbewußte Andeutung dieses Gedankens, wenn er zu der Behauptung von v. Liszt[1]), der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams

[1]) v. Liszt-Schm., L. § 127, S. 445, Anm. 5.

decke sich mit der Begriffsbestimmung des Besitzes im § 854 BGB., bemerkt[2]), irgendwelche Schlußfolgerungen hieraus zu ziehen, würde auf Abwege führen.

Schon zur Zeit des gemeinen Rechts wandte sich Merkel[3]) dagegen, daß für den Gewahrsam die naheliegenden Begriffe des Privatrechts herangezogen würden, obwohl das Strafgesetzbuch keinen Hinweis auf das Zivilrecht enthalte, vielmehr der Natur der Sache nach strafrechtliche Gesichtspunkte gewonnen werden müßten. Auch Hälschner[4]) lehnt ein Zurückgreifen auf zivilrechtliche Bestimmungen ab. Beim Inkrafttreten des BGB. wiesen besonders Binding[5]), Lobe[6]) und Rotering[7]) darauf hin, daß der Gewahrsamsbegriff unabhängig von den Besitzvorschriften des BGB. zu bestimmen sei, daß der Gewahrsam, wie Rotering[8]) sagt, auf seinem Gebiete sein eigenes Gepräge habe. Binding macht für eine verschiedene Auffassung des Gewahrsams und des Besitzes geltend, daß das bürgerliche Recht den Besitz selbstverständlich allein nach seinen eigenen Bedürfnissen regele, ihn verleugnen könne, wenn er vorliege, ihn annehmen könne, obwohl er fehle. „Alle diese Finessen kann das Strafrecht nicht brauchen“[9]). Ähnlich auch Kohler[10]), der aber unter Berufung auf die Volksanschauung den § 857 BGB., demzufolge der Besitz auf die Erben übergeht, für das Strafrecht gelten lassen will. Daß diese Ansicht, die schon

[2]) Harburger, VDB. 6, S. 198, Anm. 5.

[3]) Merkel, H. H. 3, S. 638.

[4]) Hälschner, L. II, 1 § 77, S. 283, Anm. 6.

[5]) Binding, L. II, § 63, V, e S. 244.

[6]) Lobe: Über den Einfluß des BGB. auf das Strafrecht, S. 31.

[7]) Rotering, G. S. 35, 354.

[8]) Rotering, GA. 47, 252.

[9]) Binding, L. I, § 63, V e, Abs. 1, S. 247. So auch Ebermayer, C. § 242, I, Nr. 2, Abs. 1, S. 719. Auf die fiktive Natur des Besitzes in den §§ 857, 868 BGB. weisen ferner hin: Siemons, Der Begriff der Wegnahme im deutschen Strafrecht, S. 17; Ehrenhard, Einfluß des BGB..., S. 22; Laemmert, Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242 und 246 StGB., S. 14.

[10]) Kohler, Leitfaden, § 75, III, S. 117.

wegen ihrer Inkonsequenz nicht gebilligt werden kann, unhaltbar ist, ergibt sich aus den Ausführungen des Freiherrn von Bülow[11]), der darauf hinweist, daß der § 857 BGB. häufig eine zivilrechtliche Fiktion enthalte, die für das Strafrecht ohne Bedeutung[12]) sei. Auf Grund allgemeiner Betrachtung kommt auch Schmidt[13]) zu dem Ergebnis, daß das Strafgesetz die Auslegung der anscheinend zivilistischen Begriffe aus seinen eigenen Grundgedanken heraus erwarte.

Mit der herrschenden Ansicht stimmt die Rechtsprechung des Reichsgerichts überein, die in mehreren Entscheidungen unter Berufung auf die Motive den Satz ausgesprochen hat, daß für den Gewahrsamsbegriff die zivilrechtlichen Vorschriften nicht maßgebend seien[14]), und eine bedingungslose Übernahme des bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriffs nicht stattgefunden habe[15]). § 242 StGB. wolle nicht ein im bürgerlichen Recht anerkanntes Verhältnis schützen[16]).

Gegen die herrschende Ansicht wenden sich vor allem Bekker, Goldschmidt und Redslob. Sie versuchen nachzuweisen, daß der Gewahrsam nur die für das Strafrecht geprägte Bezeichnung des bürgerlich-rechtlichen Besitzbegriffes sei. Beide Begriffe sollen sich — so wie einst nach Ansicht Marcians[17]) pignus und hypotheca — nur durch den Klang des Namens unterscheiden.

Bekker[18]) meint, es würde schwerlich stichhaltige Gründe für eine verschiedene Auffassung des zivilrechtlichen Besitzes und des strafrechtlichen Gewahrsams geben. Daß sehr wohl gewichtige Gründe für eine ver-

---

[11]) Frhr. v. Bülow, GA. 45, 322.

[12]) Gleicher Ansicht Binding, L. I, § 63, S. 245, Anm. 3.

[13]) Schmidt, DJZ., V. Jahrg. 1900, S. 149.

[14]) E. 23, 75; 30, 89.

[15]) E. 37, 200.

[16]) E. 34, 254.

[17]) Dig. 20, 1, 5, 1: inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

[18]) Bekker, Jherings Jahrb., Bd. 34, S. 65.

schiedene Auffassung sprechen, haben vor allem Binding und Merkel, wie oben ausgeführt[19]), überzeugend nachgewiesen.

Für Goldschmidt[20]) ergibt sich die Kongruenz des Begriffs des strafrechtlichen Gewahrsams und des bürgerlichrechtlichen Besitzes schon aus der Tatsache, daß beim Gewahrsam die Frage des Gewahrsamswillens ebenso streitig geworden ist, wie beim Besitz. Die Notwendigkeit des von Goldschmidt gezogenen Schlusses ist nicht einzusehen, und Micelli[21]) spricht nicht mit Unrecht von einer kühnen Behauptung.

Aber auch die Ansicht Redslobs[22]), die die Identität des strafrechtlichen Gewahrsams mit dem zivilrechtlichen Besitz darzulegen versucht, kann nicht überzeugen. In der Literatur ist sie noch keiner Kritik unterzogen worden, man hat sich damit begnügt, sie als abweichende Ansicht aufzuführen. Redslob geht davon aus, daß der Gewahrsam sich nicht in der Herrschaft durch physische Gewaltmittel erschöpfe. Nach seiner Ansicht gibt es Fälle, wo ein solches Gewaltverhältnis fehlt. Es bestehe z. B. beim Kutscher, solange er das Fuhrwerk lenke, nicht aber, wenn er im Wirtshaus sitze und den Wagen angespannt vor der Tür stehen lasse. Hier ruhe die Herrschaft nicht auf physischer Macht, sondern habe notwendigerweise einen psychischen Grund, sie wurzele in der Achtung der Mitmenschen, sie sei eine soziale Erscheinung. So stellt sich für Redslob der Gewahrsam als ein Achtungsverhältnis dar. Da aber der Besitz auch nicht mit der physischen Gewalt stehe oder falle, sondern ein soziales Machtverhältnis bedeute[23]), so sei beiden Begriffen die soziale Funktion

---

[19]) s. Ausführung S. 9.

[20]) Goldschmidt, GA., 47, 352.

[21]) Micelli, Strafrechtl. Abhandlg., Serie 14, H. 72, S. 33.

[22]) Redslob, Z.St.W. 30, 205 ff.

[23]) So auch Endemann, L., § 37, S. 152: Die Bedeutung der Erlangung der tatsächlichen Gewalt wird einer sozialen Beurteilung unterworfen.

gemeinsam, und es entspreche die Bestimmung des Gewahrsams der prinzipiellen Definition des Besitzes.

Gegen diese Ausführungen Redslobs ist meines Erachtens einzuwenden, daß das gemeinsame soziale Element — das Vorhandensein sei unterstellt — nicht notwendig zur Annahme der Identität zwischen Gewahrsam und Besitz zwingt. Im übrigen beruht die Herrschaft des Kutschers im Wirtshause ebenso auf physischer Macht wie zur Zeit des Wagenlenkens. Nicht die Achtung der Mitmenschen vermittelt ihm den Gewahrsam, sondern die auch in diesem Falle bestehende Möglichkeit, jederzeit auf die Sache einzuwirken. Also auch hier Herrschaft auf Grund eines physischen Zustandes auf Grund „einer Konstellation von Verhältnissen in der Außenwelt“[24]).

Die Ausführungen der genannten Autoren haben den Standpunkt der herrschenden Ansicht nicht erschüttern können. Die von ihnen beigebrachten Argumente können nicht verfangen, vielmehr ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre daran festzuhalten, daß man sich bei Bestimmung des Gewahrsamsbegriffs nur von strafrechtlichen Erwägungen leiten lassen darf.

Mit dieser Entscheidung regelt sich auch die Beantwortung des bereits oben[25]) angedeuteten Problems, ob zum Gewahrsam ein Wille gehört insofern, als jedenfalls das Erfordernis eines Willens zum Gewahrsam mit der Begründung nicht verlangt werden kann, es erheische dies die Identität mit dem Besitz als zivilrechtlichem Analogon.

Trotzdem stehen zahlreiche Schriftsteller, ja man kann sagen, die herrschende Ansicht in der Literatur von rein strafrechtlichen Gesichtspunkten ausgehend auf dem Standpunkt, daß zum Gewahrsam ein Wille erforderlich sei. Zwar erkennen sie, wie bereits oben[26]) erwähnt, an, daß der Gewahrsam in einem tatsächlichen Verhältnis

[24]) Redslob, Z.St.W. 30, 212.
[25]) s. Ausführung S. 8.
[26]) s. Ausführung S. 8.

wurzele. So erscheint für Frank[27]) der Gewahrsam als ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache. Kurz und klar von Liszt-Schmidt[28]): Der Gewahrsam ist tatsächliche Gewalt.

Jedoch erschöpft sich nach Ansicht dieser Autoren der Gewahrsamsbegriff nicht in dem tatsächlichen Verhältnis. Sie erfordern vielmehr als weiteres Postulat einen Beherrschungswillen. Im nachstehenden sollen die Gründe der als herrschend anzusehenden Ansicht auf ihre Stichhaltigkeit untersucht werden.

Von den Vertretern der Willenstheorie, die ihren Standpunkt begründen[29]), ist zunächst Merkel[30]) zu nennen. Seine Argumentation wird selbst von „Gleichgesinnten" nicht gebilligt. Wenn für den Gewahrsam, so sagt Merkel, ein Verhältnis physischer Nähe entscheidend sein soll, oder wenn man den Gewahrsam bei dem finden will, welcher die Sache tatsächlich in der Gewalt hat, so hat im Moment der Tat stets der Dieb Gewahrsam; denn die diebische Wegnahme setzt offenbar ein Verhältnis physischer Nähe voraus. Merkel verkennt das Wesen des Herrschaftsverhältnisses. Gegen ihn richten sich die Ausführungen von Rotering, Eckardt und Siemons. Roterings Verdienst ist es, darauf hingewiesen zu haben, daß die Verfügungsgewalt längere Zeit bestehen muß, daß dem Gewahrsam die Eigenschaft der Kontinuität anhaftet. Keine Herrschaft ist die Augenblicksherrschaft, sagt Rotering[31]). Dem stimmt Eckardt[32]) zu mit der Bemerkung, daß die augenblickliche Erreichbarkeit einer Sache zur Gewahr-

---

[27]) Frank, C. § 242, IV, Abs. 1, S. 478. Ähnlich Ebermayer, C. § 242, IV, Abs. 1, S. 478 und Allfeld, L. § 96, IV, S. 434.

[28]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444. So auch Wachenfeld, L., § 97, III, Abs. 1, S. 371.

[29]) Ohne Begründung Allfeld, L. § 96, IV, S. 435; Wachenfeld, L., § 97, III, Abs. 4, S. 372. Ebermayer, C., § 242, I, Nr. 2, Abs. 1, S. 27 begnügt sich damit, die gegnerische Ansicht als verfehlt zu bezeichnen.

[30]) Merkel, H. H. 3, S. 641.

[31]) Rotering, G. S. 35, 354 u. 38, 292; GA. 47, 254.

[32]) Eckardt, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl, S. 22.

samsbegründung nicht genüge. Siemons[33]) führt aus, daß beim Gewahrsamsinhaber die räumliche Beziehung zu der Sache enger und lückenloser sein müsse, als es beim Dieb der Fall sei. Außerdem stelle die Herstellung der räumlichen Beziehung durch den Dieb bereits einen Akt gewaltsamer Gewahrsamsbegründung dar und sei für die Frage des bisherigen Gewahrsams ohne Bedeutung.

Merkel ist also von den Anhängern der gleichen Theorie widerlegt.

Gegenüber den überzeugenden Ausführungen Roterings ist der von Römpler[34]), einem Gegner der Willenstheorie, gegen Merkel vorgebrachte Gegengrund allerdings recht fadenscheinig. Römpler beruft sich einzig und allein auf die gesunde Volksanschauung, ein Zeichen dafür, daß er die wirklich wesentlichen Momente übersehen hat.

Ähnlich wie Merkel ergeht es Laemmert, der gleichfalls das Erfordernis des Willens dartun will. Auch seine Behauptung wird durch die Ausführungen Roterings entkräftet. Da der Gewahrsam ein längeres Bestehen der Verfügungsgewalt voraussetzt, ist es unrichtig, wenn Laemmert[35]) meint, daß es keine gewahrsamslose Sache mehr gäbe, falls man keinen Willen verlange. Sollte sich im übrigen dieser von Laemmert zu Unrecht behauptete Zustand tatsächlich ergeben, so ist meines Erachtens darin kein großes Unglück zu sehen. Warum sich Laemmert dagegen wehrt, daß alle Sachen in irgend jemandes Gewahrsam stehen, ist unerfindlich.

Nun zu Rotering selbst, mit dessen Waffen die vorgenannten Anhänger der Willenstheorie geschlagen wurden. Zunächst kann ihm noch zugestimmt werden, wenn er behauptet, daß die Herrschaft keine vollkommene sei, sondern sich durch eine gewisse Relativität auszeichne, das heißt, daß nicht immer mit Anerkennung dieser Herrschaft gerechnet werden könne. Wäre die Herrschaft

[33]) Siemons, a. a. O., S. 27.

[34]) Römpler, Der Begriff des Gewahrsams, S. 35.

[35]) Laemmert, a. a. O., S. 16, Anm. 20.

vollkommen, so gäbe es keinen Diebstahl. Insoweit ist auch Harburger[36]) recht zu geben, der sich gegen das Erfordernis der Ausschließlichkeit der Herrschaft wendet. Allerdings wäre es verfehlt, schon dann einen Gewahrsam zu leugnen, wenn der Inhaber einen Eingriff in seinen Herrschaftsbereich nicht verhindern kann. In diesem Sinne wird aber das Erfordernis der Ausschließlichkeit gar nicht aufgestellt. Wenn sich das RG. der Wendung „unter Ausschluß anderer" bedient[37]), so will es damit nur sagen, daß der Gewahrsamsinhaber die Möglichkeit haben muß, selbständig auf die Sache einzuwirken, nicht aber, daß er immer in der Lage sein muß, eine Einwirkung anderer auszuschließen. Der Gewahrsamsinhaber muß mit anderen Worten die Möglichkeit haben, seine Herrschaft unabhängig von Dritten geltend zu machen. So ist auch die Definition von v. Liszt-Schmidt[38]) zu verstehen, die sagt: Gewahrsam ist die Verfügungsgewalt, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß anderer geltend zu machen. Rotering[39]) sagt daher mit vollem Recht, im Begriffe der Herrschaft liege, eine g e w i s s e Ausschließlichkeit.

Weiterhin will nun Rotering[40]) die örtlichen Beziehungen des Menschen zur Sache und die ihnen entspringende Verfügungsmöglichkeit noch nicht als Gewahrsam ansehen, da sie eine stets wechselnde, flüchtige Lebenserscheinung sei. Erst der hinzutretende Herrschaftswille schaffe Wandlung, er gestalte die für die Rechtsordnung bedeutungslosen Erscheinungen zu Rechtsbegriffen. Hatte Rotering Recht, der sogenannten Augenblicksherrschaft den Gewahrsam abzusprechen, so kann ihm hier nicht gefolgt werden. Wenn mir ein Buch ohne eine Bestellung, ja gegen meinen Willen ins Haus geschickt wird und

[36]) Harburger, V. D. B. 6, S. 200.
[37]) E. 5, 222; 34, 254; 56, 207.
[38]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444.
[39]) Rotering, G. S. 38, 292.
[40]) Rotering, GA., 47, 253.

längere Zeit auf meinem Schreibtisch liegt, bis es der Absender wieder holen läßt, dann kann man doch sicherlich nicht von einer flüchtigen Erscheinung sprechen. Unterstellen wir, daß neben diesem Buch ein anderes liegt, daß ich mir für einen Tag geliehen habe, ist dann die Beziehung zu diesem Buche eine festere von längerer Dauer als zu jenem, das vielleicht 14 Tage oder noch länger an seinem Platze bleibt? Wenn ein Dieb beide Bücher nimmt, hätte er nach dieser Ansicht nur das geliehene Buch „weggenommen", also gestohlen, das andere unterschlagen, weil ich nur an dem ersten Gewahrsam hatte. Diese Konsequenz ist nicht zu billigen und erhellt, daß die zu ihr führende Ansicht unhaltbar ist. Keinesfalls kann die Beurteilung der Handlung des Täters davon abhängig gemacht werden, ob sich die Sache mit oder gegen meinen Willen an dem Platze befand[41]). Das Kriterium, ob Gewahrsam vorliegt, kann daher nicht in dem Willensmoment gefunden werden.

War Rotering trotz seiner im Ergebnis abzulehnenden Einstellung in vielem beizutreten, so sind die von Harburger, Ewald und v. Liszt-Schmidt, weiteren Vertretern der Willenstheorie, geltend gemachten Gründe wohl nicht haltbar.

Harburger[42]) kann nicht überzeugen, weil er von einer falschen Voraussetzung ausgeht, indem er nämlich den Begriff des Mitgewahrsams ablehnt und in dem Falle des § 855 BGB. dem Besitzdiener unterschiedslos den Gewahrsam abspricht. Durch diese verfehlte Einstellung, die sich auch mit der herrschenden Lehre nicht verträgt, gerät er in Schwierigkeiten und glaubt, diese nur mit dem Erfordernis eines Herrschaftswillens überwinden zu können.

Ewalds Ablehnungserklärung ist nichtssagend. Die Gegner würden, so meint er[43]), dem Wesen des Diebstahls als eines Eingriffs in die Gewaltherrschaft eines anderen,

[41]) E. 50, 46.

[42]) Harburger, V. D. B. 6, S. 201, 202.

[43]) Ewald, Der Begriff des Gewahrsams . . ., S. 22.

die ohne dessen Willensbetätigung ausgeschlossen sei, nicht gerecht. Daß zu der Gewaltherrschaft ein Wille gehört, ist eine von ihm noch zu beweisende Behauptung, die nicht zur Beweisführung herangezogen werden kann. v. Liszt-Schmidts[44]) kurze Bemerkung, Wille und Gewalt müssen nebeneinander vorhanden sein, diese sei ohne jene nicht möglich, trägt gleichfalls nichts zur Klärung bei. Daß man auch ohne Willen in ein bestimmtes Raumverhältnis zu einer Sache treten kann, ist damit nicht widerlegt.

Eingehender als die Vorgenannten begründen Frank und Siemons ihre Ansicht.

Frank[45]) meint, man könne nicht sagen, eine Sache wäre dem weggenommen, der sie in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt habe, aber eine solche nicht ausüben wolle. Er bildet das Beispiel, daß der Überzieher, den sein Besucher an den Garderobenhalter seines Hausflurs hängt, weggenommen wird[46]). Der Überzieher wird nicht mir, sondern dem Besucher weggenommen, entscheidet Frank. Daß der Mantel dem Besucher weggenommen ist, wird niemand bezweifeln, da er in dessen Gewahrsam geblieben[47]) ist. Insoweit hat Frank recht, verfehlt ist es aber meines Erachtens, dem Hausherrn den Gewahrsam — hier Mitgewahrsam — abzusprechen, weil er die Verfügungsgewalt nicht ausüben wolle. Modifizieren wir das Beispiel und nehmen wir an, der Besucher hat den Mantel beim Fortgehen versehentlich hängen lassen, ohne daß es auch der Eigentümer gemerkt hat. Erst nach

---

[44]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444.

[45]) Fast wörtlich übereinstimmend mit Frank, C. § 342, IV, Abs. 2, S. 479; Olshausen, C. II, § 242, Nr. 16, Abs. 2, S. 941. Die obigen Ausführungen richten sich daher auch gegen ihn.

[46]) Denselben Fall bringt Micelli, a. a. O., S. 49 und Schwartz, C. § 242, Nr. 5, a. S. 530.

[47]) Siemons, a. a. O., S. 25/26, ein Anhänger der Willenstheorie hält aus diesem Grunde das Beispiel nicht für sehr beweiskräftig. Doch der Fehler liegt m. E. weniger am Beispiel, als an der Auffassung des Gewahrsamsbegriffes.

einigen Tagen fällt dem Besucher ein, wo sich der Überzieher befindet. In der Zwischenzeit wird eingebrochen und der Mantel gestohlen. Wer hat den Gewahrsam? Der Besucher sicher nicht mehr; denn an vergessenen Sachen bleibt der Gewahrsam nur bestehen, wenn man weiß, wo sich die Sachen befinden[48]). Der Besucher wußte es aber in unserem Falle nicht. Der Hausherr kann nach Frank auch keinen Gewahrsam haben, denn, wie Frank in dem von ihm gebildeten Beispiel auch voraussetzt, hatte der Hausherr nicht den Willen über fremde Sachen in seinen Räumen die Verfügungsgewalt auszuüben. Da der Hausherr von dem Hängenbleiben des Überziehers nichts wußte, kann er auch später einen derartigen Willen nicht gefaßt haben. Frank muß also zu dem unhaltbaren Ergebnis kommen, die Diebe seien gar keine Diebe im Sinne des Gesetzes, sie wären nicht wegen Einbruchsdiebstahls aus § 243 StGB., sondern aus § 246 StGB. wegen Unterschlagung zu bestrafen. Daneben könne der Hausherr Strafantrag wegen Hausfriedensbruch und eventuell Sachbeschädigung stellen. Daß dieses Ergebnis nicht befriedigt, sollte einleuchten. Zu einem solchen Resultat will sich Frank natürlich nicht bekennen und muß zum generellen Gewahrsamswillen seine Zuflucht nehmen. Der Hausherr will nach seiner Ansicht[49]) alle Sachen in seinen Räumen beherrschen, soweit sie nicht von einer anderen dazu berechtigten Person beherrscht werden. Verliert also der Besucher den Gewahrsam, so erwirbt er ihn, auch wenn er von dem Erwerb nichts weiß. Gegen diese gekünstelte Konstruktion wenden sich auch Schwartz[50]) und Olshausen[51]), die sich lieber zu dem oben erwähnten unbilligen Ergebnisse bekennen.

Schließlich auch mit historischen Erwägungen, wie

---

[48]) Frank, C. § 242, V, S. 481.

[49]) Frank, C. § 242, V, S. 481, so auch Hälschner, L. II, 1, § 77, S. 286.

[50]) Schwartz, C. § 242, Nr. 5 c, Abs. 4, S. 533.

[51]) Olshausen, C. II, § 242, Nr. 17 b, S. 942.

Siemons[52]) es unternimmt, läßt sich die Willenstheorie nicht begründen. Er erwähnt, daß in den älteren Strafgesetzbüchern der früheren Einzelstaaten bei der Definition des Diebstahls die Worte „ohne Einwilligung des Eigentümers oder Inhabers" sich vorfanden. Dies weise auf eine Betonung des Willensmomentes hin. So z. B. im Entwurf zum Preußischen StGB.: Einen Diebstahl begeht, wer aus dem Gewahrsam eines anderen, ohne dessen Einwilligung ..... Siemons hat es nur unterlassen, anzugeben, warum diese Worte nicht in das Preußische StGB. von 1851 mit übernommen wurden. Diese Unterlassung ist sehr begreiflich; denn der von den Motiven zum Preußischen StGB. von 1851 angegebene Grund für die Streichung dieser Worte spricht gegen die Deutung, die Siemons diesen gibt. Die Motive[53]) sagen nämlich, die Worte „ohne Einwilligung" waren als überflüssig zu streichen, da sich deren Sinn schon aus dem Wort „rechtswidrig" ergibt. Ohne Einwilligung heißt also, die Gewahrsamsverschiebung darf nicht durch Zustimmung des Eigentümers oder Inhabers gerechtfertigt sein. Welchen Einfluß soll aber die Tatsache, daß die Zustimmung zur Gewahrsamsverschiebung diese rechtmäßig erscheinen läßt, auf die Frage ausüben, ob zur Gewahrsamsbegründung ein Wille gehört? Wenn auch das Willensmoment bei der Gewahrsamsbegründung keine Rolle spielt, kann doch der Wille sehr wohl bei der Gewahrsamsverschiebung als Rechtfertigungsgrund mitwirken.

Noch ein Beispiel von Siemons[54]) sei herausgegriffen. Es hebt ein Finder einen Ring nur zur Besichtigung auf, um ihn dann achtlos in Verkennung seines Wertes wegzuwerfen. Nach Siemons hat der Finder keinen Gewahrsam, weil sein Wille nicht auf das Behalten der Sache ge-

---

[52]) Siemons, a. a. O., S. 26.

[53]) Angegeben bei Goltdammers Materialien zum StGB. für die pr. Staaten, II, S. 463, und Temme, L., S. 904.

[54]) Siemons, a. a. O., S. 27, dasselbe Beispiel bringt Micelli, a. a. O., S. 49.

richtet ist. Wenn ein Dritter dem Finder während der Besichtigung den Ring aus der Hand reißt und fortläuft, ist dem Finder der Ring dann nicht weggenommen worden? Wollen z. B. Frank[55]) und Olshausen[56]) auch hier behaupten, man könne nicht von einer „Wegnahme" sprechen, weil ihm der Beherrschungswille und mithin der Gewahrsam fehle?

Daß die Willenstheorie im Ergebnis so überzeugend wirken soll, wie Siemons[57]) behauptet, kann man daher nicht zugeben.

Die bis jetzt genannten Vertreter der Willenstheorie stimmen darin überein, daß der Beherrschungswille neben das tatsächliche Verhältnis treten muß, daß Wille und physische Herrschaft die beiden notwendigen Voraussetzungen für den Gewahrsamsbegriff sind. Besonders stark wird dies betont von v. Liszt-Schmidt und Ebermayer. So sagt v. Liszt-Schmidt[58]): Wille und Gewalt müssen nebeneinander vorhanden sein. Diese ist ohne jenen nicht möglich, jener muß in dieser zutage treten. Nach Ebermayer[59]) ist Gewahrsam nur vorhanden, wenn zweierlei zusammentrifft:

1. der Wille, eine Herrschaft über die Sache auszuüben,
2. ein tatsächliches Verhältnis zur Sache.

Aber auch die Formulierungen des Gewahrsamsbegriffs bei Frank[60]) und Olshausen[61]) lassen erkennen, daß der Wille hinzutreten muß zu dem tatsächlichen Verhältnis, dieses aber nicht ersetzen kann.

---

[55]) Frank, C. § 242, IV, Abs. 2, S. 479.

[56]) Olshausen, C. II, § 242, Nr. 16, Abs. 2, S. 941.

[57]) Siemons, a. a. O., S. 25.

[58]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444.

[59]) Ebermayer, C. § 242, I, Nr. 2, Abs. 1, S. 719.

[60]) Frank, C. § 242, IV, Abs. 3, S. 479: Gewahrsam ist die tatsächliche Beziehung zu einer Sache, vermöge deren jemand seinen Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu betätigen vermag.

[61]) In dieser Form Olshausen, C. II, § 242, Nr. 16, Abs. 2, S. 941.

Zu dieser Ansicht treten einige Schriftsteller in Gegensatz, indem sie Gewahrsam auch ohne das tatsächliche Verhältnis für möglich halten, allein getragen von dem Willen. Der Wille ist also das vorherrschende Element, daß auch ohne den tatsächlichen Zustand den Gewahrsam zu vermitteln vermag.

Die Ausschaltung des tatsächlichen Verhältnisses ist auch von der Willenstheorie mit Recht zurückgewiesen und die Gleichwertigkeit von physischem Zustand und Willen betont worden[62]). Wer den Willen nicht einmal als hinzutretendes Erfordernis für den Gewahrsam ansieht, wie z. B. das RG.[63]), kann diese Praevalenz des Willens erst recht nicht billigen. Wenn also diese Vertreter die Willenstheorie mit dem Hinweis auf die Möglichkeit eines Gewahrsams allein durch den Willen begründen wollen, so stellen sie sich damit auf einen anderen Boden als die Willenstheorie, weil die überwiegende Mehrheit dieser Theorie einen nur durch den Willen gehaltenen Gewahrsam nicht anerkennt.

Als erster hat Hälschner diesen Standpunkt vertreten. Er erklärt[64]), daß die Fortdauer des Gewahrsams unabhängig sei von der ununterbrochenen Fortdauer des faktischen Verhältnisses, in das der Inhaber im Augenblick der Ergreifung zur Sache getreten wäre. Der Gewahrsam dauere vielmehr fort, mit dem Willen, ihn zu haben.

Zum gleichen Ergebnis kommt Binding[65]). Nach ihm wird der Gewahrsam am einfachsten durch Herstellung eines örtlichen Verhältnisses zum Gegenstand erreicht, das den Herrschaftswillen als einen unbestrittenen auslöse. Aber nötig sei das nicht[65]). Ein andermal[66]) bezeichnet er das Willensmerkmal als das einzige für den Gewahrsam wesentliche Moment.

---

[62]) So besonders Laemmert, a. a. O., S. 17.
[63]) So E. 3, 204; 50, 46; 56, 207.
[64]) Hälschner, L. II, 1, § 77, S. 285.
[65]) Binding, L. I, § 63, V, a. S. 243.
[66]) Binding, L. I, § 74, II, A. 1 b, S. 286.

Ihm schließt sich Harburger[67]) an. Nach seiner Ansicht wird der Gewahrsam auch beibehalten vermittels des bloßen Willens, die Verfügungsgewalt über die Sache nicht aufzugeben; doch kommt er, wie oben gezeigt[68]), nur auf Grund falscher Voraussetzungen zu diesem Ergebnis.

Außer Schwartz[69]) und dem RMG. ist noch Micelli[70]) zu nennen. Das RMG. hat in mehreren Entscheidungen[71]) sich dahin ausgesprochen, daß sich mit der physischen Beherrschungsmöglichkeit der Beherrschungswille verbinden müsse. Die Begründung in einer Entscheidung läßt aber erkennen, daß auch der Wille allein als ausreichend erachtet wird. Es heißt nämlich an einer Stelle[72]) in unmittelbarer Anlehnung an Hälschner[73]): Die Fortdauer des Gewahrsams ist unabhängig von der ununterbrochenen Dauer des faktischen Verhältnisses, in welches der Inhaber im Augenblick des Erwerbs getreten ist.

Auch Micelli meint, der Gewahrsam könne mit Hilfe des Willens trotz Fortfallens des physischen Moments fortbestehen. Er verwickelt sich dann aber in einen Widerspruch mit der Behauptung[74]), der Herrschaftswille helfe ohne tatsächliche Gewalt ebenfalls nicht. Noch deutlicher zeigt sich dieser Widerspruch in der Übernahme der von Lisztschen Definition, die gerade betont, daß Wille u n d tatsächliches Verhältnis nebeneinander vorhanden sein müssen[75]).

---

[67]) Harburger, V. D. B. 6, S. 202.

[68]) s. Ausführung S. 16.

[69]) Schwartz, C. § 242, Nr. 5 a, S. 530, schließt sich wortgetreu Hälschner an.

[70]) Micelli, a. a. O., S. 50.

[71]) ERMG. 9, 99; 10, 255; 20, 197; AM. ERMG. 2, 98, 8, 148, wo ausschließlich die tatsächliche Herrschaft betont wird.

[72]) ERMG. 9, 99.

[73]) Hälschner, L. II, 1, § 77, S. 285.

[74]) Micelli, a. a. O., S. 51.

[75]) Auf diesen Widerspruch weist auch Laemmert, a. a. O., S. 18, hin.

Ein weiteres[76]) Beispiel[77]) desselben Autors, das die Notwendigkeit des Willensmomentes dartun soll, wird von Laemmert[78]), der auch die Willenstheorie vertritt, behandelt. Wenn ich meinen Kahn an das Land ziehe und im nahen Wald spazieren gehe, dann behalte ich den Gewahrsam, aber nicht auf Grund des Willens, sondern weil die physische Beherrschungsmöglichkeit noch besteht, wenn sie auch gelockert ist[79]).

Micelli wehrt sich besonders gegen die Folgen der von den Gegnern vertretenen Ansicht, daß nämlich der Mensch sich einen Gewahrsamserwerb wider seinen Willen gefallen lassen müsse. Hierin läge ein Angriff auf seine Willensfreiheit. Meines Erachtens ist demgegenüber daran zu erinnern, daß das Recht Fälle kennt, die eine viel stärkere Einschränkung der Willensfreiheit bedeuten, ohne daß bisher besondere Klagen über diesen Zustand laut geworden sind. Wenn E — der Eigentümer eines gut gepflegten Gartens — von einer Reise zurückkehrt, und inzwischen ein boshafter Mensch Disteln und Brennesseln gepflanzt hat, so wird E Eigentümer dieser Pflanzen nach § 946 BGB., ohne sich dagegen wehren zu können. Das ist jedenfalls ein größerer Eingriff in die Willensfreiheit, wenn mir das Recht einen Eigentumserwerb aufzwingt, als wenn ich durch das heimliche Zustecken einer Sache zum Gewahrsamserwerb gezwungen werde. Micelli geht aber noch weiter. Er gibt den Fall[80]), daß mir jemand, um mich zu kompromittieren, heimlich gestohlene Sachen in die Tasche steckt. Hier Gewahrsam anzunehmen, würde, so sagt Micelli, der gesunden Vernunft und somit dem Rechtsgefühl des Volkes ins Gesicht schlagen. Werde ich aber durch den Gewahrsam irgendwie beeinträchtigt?

---

[76]) Andere Beispiele wurden schon besprochen, s. Ausf. S. 17 und 19.

[77]) Micelli, a. a. O., S. 50.

[78]) Laemmert, a. a. O., S. 17.

[79]) In diesem Sinne auch Laemmert, a. a. O., S. 17.

[80]) Micelli, a. a. O., S. 50.

Wenn ich durch das Zustecken der gestohlenen Sache kompromittiert werde, so ist es hierfür völlig unerheblich, ob dieses Verhältnis zu der Sache Gewahrsam genannt wird oder nicht. Verdächtigt bin ich allein dadurch, daß sich die Sache in meiner Tasche befindet. Das scheint Micelli übersehen zu haben, wenn auch seine Ausführungen nicht unmittelbar diesen verfehlten Schluß erkennen lassen. Was läuft dann aber der gesunden Vernunft zuwider? Daß die weiteren von Micelli angeführten Gründe nicht stichhaltig sind, soll an zwei Beispielen nachgewiesen werden:

1. Ein Taschendieb, der Verfolgung fürchtet, steckt die gestohlene goldene Uhr heimlich dem vorübergehenden Passanten A in die Tasche, der erst zu Hause die Uhr entdeckt.
2. Es wirft jemand durch das geöffnete Fenster einen Stein in das Zimmer des A.

Micelli lehnt in beiden Fällen Gewahrsam ab. Zur Begründung führt er folgendes aus: Wir suchen uns Sachen, die wertlos sind (Stein) oder wegen anhaftender unangenehmer Eigenschaften Schaden bringen können (gestohlenes Gut mit der Verdächtigungsgefahr) fernzuhalten; daher würde die Annahme des Gewahrsams der Vernunft widersprechen, weil wir diese Sachen, wenn sie trotzdem ohne unser Zutun in unsere Verfügungsgewalt gelangen, so schnell wie möglich entfernen werden. Was soll die Begründung besagen? Micelli kann doch damit nur meinen, daß bei Ablehnung des Gewahrsams die Entledigung der Sachen leichter bei Annahme schwerer sich gestalte. Auf unser Beispiel angewandt: im Fall 1 könnte sich A, falls man Gewahrsam leugnet, der Uhr leichter entledigen, als bei Gewahrsamsbejahung; im Fall 2 wäre für A die Entledigung des Steines erschwert, wenn man den Gewahrsam bejaht, statt ihn zu verneinen. Wie soll aber im Fall 1 A die Entfernung der Uhr leichter herbeiführen, als daß er sie bei der Polizei ab- oder dem Bestohlenen zurückgibt? Will Micelli ihm gestatten, die

Uhr einfach wegzuwerfen? Und wie soll man sich eine Erschwerung bei der Entfernung des Steins denken? Kann A diesen, wenn er an ihm Gewahrsam hat, nicht ebenso aus dem Fenster werfen, wie bei Verneinung des Gewahrsams? Oder sollte er als Gewahrsamsinhaber verpflichtet sein, den Stein aufzubewahren? Die völlige Unerheblichkeit und Konsequenzlosigkeit, die sich aus seiner Begründung ergibt, beweist deren Unhaltbarkeit zur Evidenz.

Gerade das erste Beispiel zeigt die Uneinigkeit und Unklarheit, die unter den Vertretern der Willenstheorie herrscht. Der Ansicht Micellis, die den Gewahrsam ablehnt, und der sich auch Rotering[81]) anschließt, soll im Ergebnis auch Ewald zustimmen[82]). Ewald erklärt aber ausdrücklich[83]), daß ich an dem Ring Gewahrsam habe, den mir ein Dieb, um den Verdacht von sich abzulenken, unbemerkt in die Tasche steckt. Er nimmt daher auch Diebstahl an, wenn ein Dritter mir den Ring aus der Tasche nimmt. Ewald entscheidet also gerade im gegenteiligen Sinne wie Micelli und von Zustimmung im Ergebnisse, wie dieser behauptet, ist nicht die Rede. Wenn Ewald die Behauptung Römplers[84]), in dem erwähnten Falle müßten die Vertreter der Willenstheorie Gewahrsam ablehnen, zurückweist[85]), so kann er das nur unter Zuhilfenahme des generellen Gewahrsamswillens: den Inhalt meiner Taschen will ich schlechthin schützen. Außerdem muß er zugeben, daß Römplers Behauptung gegenüber anderen Vertretern der Willenstheorie wie z. B. Micelli und Rotering voll in Kraft bleibt. Daß Ewald in anderen Fällen inkonsequent ist, und im Sinne Micellis entscheidet[86]), kann dieser nicht für sich auswerten, denn das

[81]) Rotering, G. S. 35, S. 368.

[82]) Micelli, a. a. O., S. 50, Anm. 1.

[83]) Ewald, a. a. O., S. 31.

[84]) Römpler, a. a. O., S. 39.

[85]) Ewald, a. a. O., S. 31, Anm. 6.

[86]) Ewald, a. a. O., S. 32, wo er Gewahrsam an Sachen, die ins Zimmer geworfen sind, ablehnt, wenn man sie entfernt.

Beispiel, für das Micelli sich auf Ewald beruft, wird von beiden verschieden gelöst.

Als letztes ist von der Willenstheorie noch ein Eingeständnis ihrer Schwäche zu erwähnen. Fast[87]) einstimmig verlangen die Autoren, die die Willenstheorie vertreten, daß zum Herrschaftswillen auch die Kenntnis vom Vorhandensein der Sache, auf die sich die Verfügung erstrecken soll, erforderlich ist. Wollen ist Wissen, sagt Schwartz[88]). Eine Sache, von der man nichts weiß, kann man grundsätzlich auch nicht beherrschen wollen[89]). Wie steht es nun aber mit den Briefen im Briefkasten, mit den Büchern, die in meiner Wohnung ohne mein Wissen abgegeben sind, oder — um ein Beispiel von Rotering[90]) zu bringen — die der reuige Dieb in meine Bibliothek zurückgestellt hat. Sollte ich nicht an ihnen Gewahrsam haben? Zu diesem Ergebnis wollen die Willenstheoretiker nicht kommen und müssen daher einen Ausweg suchen. Sie haben ihn im generellen Gewahrsamswillen[91]) gefunden. Es ist nicht verwunderlich, daß gerade Binding, der daß Willensmerkmal als das einzige wesentliche Moment des Gewahrsams ansieht, auf diesen Ausweg kam. Er mußte zu diesem Notbehelf greifen, um nicht mit seiner Lehre die unhaltbarsten Ergebnisse zu zeitigen. Binding[92]) erkennt daher, einen generellen Gewahrsamswillen an, z. B. bei Sachen, die sich in meinem Zimmer, auf meinem Hof, in meinem Koffer befinden. Ähnlich Hälschner[93]), der Gewahrsam annimmt, bei Sachen, die sich in seinen Räum-

---

[87]) Weder allgemeine noch spezielle Kenntnis verlangt Siemons, a. a. O., S. 39.

[88]) Schwartz, C. § 242, Nr. 5 b, S. 531.

[89]) Frank, C. § 242, IV, Abs. 2, S. 479.

[90]) Rotering, G. S. 35, 365.

[91]) Den Begriff des generellen Gewahrsamswillen kennt das RG. natürlich auch, vgl. E. 50, 46; jedoch legt ihm das RG. keinerlei Bedeutung bei, während die Willenstheorie ihn zur Stützung ihrer Ansicht stark betonen muß.

[92]) Binding, L. I, § 74, II A, I c, S. 287.

[93]) Hälschner, L. II, 1, § 77, S. 286.

lichkeiten befinden, ohne daß dazu ein mit Bewußtsein verübter Akt der Besitzergreifung erforderlich wäre. Denselben Standpunkt vertreten alle Schriftsteller, die überhaupt Kenntnis von der beherrschten Sache verlangen. Übereinstimmend sagen sie, daß spezielle Kenntnis der beherrschten Sache nicht erforderlich[94]) sei. Nach Ebermayer[95]) genügt die Vorstellung in gewisser Allgemeinheit. Auch Frank[96]) ist gleicher Ansicht, wenn er sagt, der Herrschaftswille des Gewahrsamsinhabers könne sich auch auf Sachen erstrecken, die zu einer von ihm bewußtermaßen beherrschten, in derartige Beziehungen treten, daß sich seine Herrschaft auf sie ausdehne. „Alsdann stehen sie in seinem Gewahrsam, auch wenn er von ihnen nichts weiß."

Die gewundenen Erläuterungen der Willenstheoretiker vermögen den Schwächepunkt kaum zu bemänteln. Wenn eine spezielle Kenntnis der beherrschten Sache nicht erforderlich ist, sondern Vorstellungen von „gewisser Allgemeinheit" genügen sollen, so bleibt von einem wahren Beherrschungswillen schon herzlich wenig übrig. Wenn aber nach Frank das Raumverhältnis einer unbekannten Sache zu einer bewußtermaßen beherrschten bewirken soll, daß sich der Gewahrsam auch auf die unbekannte Sache erstreckt, so ist damit die Willenstheorie selbst negiert und anerkannt, daß letzten Endes doch nur die räumlichen Beziehungen das Ausschlaggebende sind.

Mit Recht wenden sich daher auch namhafte Wissenschaftler und vor allem das RG. gegen das Erfordernis des Beherrschungswillens als Postulat des Gewahrsamsbegriffs.

Besonders Oppenhoff[97]) hat seinen Standpunkt klar

---

[94]) Wachenfeld, L. § 97, III, S. 372; Harburger, V. D. B. 6, S. 204; Micelli, a. a. O., S. 55. Ähnlich v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444.

[95]) Ebermayer, C. § 242, I, Nr. 2, Abs. 1, S. 720.

[96]) Frank, C. § 242, IV, Abs. 1, S. 479. Fast wörtlich Schwartz, C. § 242, Nr. 5 b, S. 531.

[97]) Oppenhoff-D., C. § 242, Nr. 16, S. 569.

gekennzeichnet. Nicht entscheidend ist nach seiner Meinung die bei dem Gewahrsam obwaltende Willensrichtung, es kommt vielmehr lediglich auf das tatsächliche (äußere) exklusive Verhältnis zur Sache, auf das physische Vermögen ausschließlicher tatsächlicher Herrschaftsausübung hinsichtlich derselben an. Berner[98]) betont, daß eine so reine tatsächliche Herrschaft gemeint sei, daß nicht einmal ein Wissen um den Ort, ja selbst um die Existenz der Sache gefordert werde. Ähnlich Schütze[99]), nach dessen Definition der Gewahrsam die tatsächlich vorhandene ausschließliche Herrschaft des Individuums über einen dauernder Beherrschung zugänglichen Vermögensgegenstand ist, ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers. Auch von Schwarze[100]) und Rubo[101]) betonen, daß das tatsächliche Verhältnis allein erforderlich ist und sehen von dem Willensmoment ab. Römpler[102]) weist an einer Reihe von Fällen nach, daß man bei Betonung des Willensmomentes zu unhaltbaren Ergebnissen gelangt. Schließlich ist noch Lucas[103]) zu erwähnen, der auch sagt, es genüge das tatsächliche Innehaben, die tatsächliche Verfügungsgewalt.

Ist demnach nach Ansicht dieser Autoren der Wille als ein notwendiges Merkmal für den Gewahrsamsbegriff nicht anzusehen, so soll jedoch damit ihm nicht jegliche Bedeutung abgesprochen werden. Allerdings bei der Gewahrsamsbegründung fehlt ihm jede selbständige Kraft. Besteht das tatsächliche Verhältnis nicht, so kann der Wille allein keinen Gewahrsam begründen, ist aber durch ein tatsächliches Verhältnis der Gewahrsam hergestellt, so vermag ein entgegenstehender Wille nichts daran zu ändern. Die Bücher, die mir ohne Bestellung ins Haus

---

[98]) Berner, L. Abschn. 19, 1. Tit., III, 3, Abs. 2, S. 555.
[99]) Schütze, L. § 91, S. 427.
[100]) v. Schwarze, C. § 242, Nr. 9, S. 678.
[101]) Rubo, C. § 242, Nr. 8, S. 812.
[102]) Römpler, a. a. O., S. 38 ff.
[103]) Lucas, Anl. II, S. 309 u. 324.

gesandt, die gestohlenen Sachen, die mir heimlich in die Tasche gesteckt werden, treten in meinen Gewahrsam, auch wenn ich von ihrer Existenz nichts weiß oder sie nicht beherrschen will. Bei der Gewahrsamsbegründung kann der Wille nur neben den tatsächlichen Zustand treten, wie es in der Regel der Fall ist, da ich meistens mit dem Gewahrsamsverhältnis einverstanden sein werde. Erst bei der Frage der Aufhebung des Gewahrsams tritt das Willensmoment hervor, und zwar je stärker desto mehr sich das tatsächliche Verhältnis lockert. Ist der faktische Zustand, der den Gewahrsam vermittelt, sehr eng, dann kann der bloße Wille das Gewahrsamsverhältnis nicht zum Erlöschen bringen. Es genügt nicht zur Gewahrsamsaufhebung, wenn ich den Willen fasse, diesen oder jenen Gegenstand in meinen Räumen nicht mehr im Gewahrsam haben zu wollen. Das Buch auf dem Schreibtisch, das Bild an der Wand bleibt trotzdem in meinem Gewahrsam, bis ich das Raumverhältnis aufhebe. Es gibt aber Fälle, in denen das tatsächliche Verhältnis sich so gelockert hat, daß es schwierig ist, es als solches noch zu erkennen. Berner[104]) spricht hier von einer Verdünnung der tatsächlichen Herrschaft und nennt als Beispiel die Herrschaft über die Tiere, die nur an dem Faden der Gewohnheit der Rückkehr hänge. Ein weiterer Fall ist gegeben, wenn ich ein Buch in der Eisenbahn liegen lasse. Das RG.[105]) und die herrschende Ansicht[106]) in der Literatur nehmen an, daß die tatsächliche Herrschaft noch nicht verloren gegangen ist, denn man kann nach den Bahneinrichtungen jederzeit ermitteln, wo sich der Eisenbahnwagen befindet. Mir ist also die Möglichkeit erhalten geblieben, das Buch ohne weiteres aufzufinden und mir wieder zugänglich zu machen. Das tatsächliche Verhältnis zur Sache ist also

---

[104]) Berner, L. Abs. 19, 1. Tit., III 3, Abs. 2, S. 555.

[105]) E. 38, 444.

[106]) Olshausen, C. II, § 242, Nr. 17 b, S. 942. Schwartz, C. § 242, Nr. 5 c, S. 531.

bestehen geblieben, hat sich aber sehr gelockert. In diesen Fällen kann der Wille bei Aufhebung des Gewahrsams mitwirken, jedoch muß er, und das hat auch das RG.[107]) betont, nach außen in die Erscheinung treten. Habe ich das Buch in der Eisenbahn liegen lassen, so bleibt, wie wir gesehen haben, das physische Verhältnis, also der Gewahrsam zunächst, bestehen, gleichgültig ob ich das Buch mit Willen zurückließ oder es vergessen habe, mitzunehmen. Der innere Wille allein, den Gewahrsam an dem Buch aufzugeben, kann die gewollte Wirkung noch nicht herbeiführen; verlasse ich aber den Bahnhof, ohne irgendwelche Schritte zwecks Wiedererlangung des Buches zu unternehmen, so tritt der Wille, das schon sehr gelockerte Gewahrsamsverhältnis aufzugeben, erkennbar in der Außenwelt in Erscheinung, und der Gewahrsam ist damit aufgehoben. Bei dem Gewahrsamsverhältnis mit verflachter Herrschaft ist also der Wille, wenn er nach außen erkennbar auftritt, imstande, das Gewahrsamsverhältnis zu beenden. Unbeeinflußt hiervon ist aber daran festzuhalten, daß der Gewahrsam ohne Rücksicht auf den Willen entsteht, und bei den gewöhnlichen Verhältnissen durch den Willen, selbst wenn er erkennbar ist, nicht aufgehoben werden kann. Verfehlt ist es daher, wenn Autoren[108]) behaupten, die Willenstheorie sei schon dadurch bewiesen, daß es Fälle gebe, wo der Gewahrsam trotz Fortfalls des physischen Zustandes allein durch den Willen gehalten werde. Sie denken hier an den Fall der verflachten Herrschaft, übersehen aber, daß das physische Verhältnis, wenn auch in gelockerter Form, bestehen bleibt und den Gewahrsam vermittelt, und der Wille nur die Bedeutung hat, diesen bestehenden Gewahrsam aufzuheben, wenn er, um es noch einmal zu betonen, nach außen in die Erscheinung tritt. Von einem Fortbestehen

[107]) E. 56, 207.

[108]) Hälschner, L. II 1, § 77, S. 285; Schwartz, C. § 242, Nr. 5 a, S. 530; Harburger V. D. B. 6, S. 202; Micelli, a. a. O., S. 50; ERMG. 9, 99.

des Gewahrsams allein auf Grund des Willens ist keine Rede.

Wie schon angedeutet[109]) wurde, hat sich zu der eben vorgetragenen Ansicht auch das RG. bekannt. In ständiger Rechtsprechung bezeichnet es das tatsächliche Verhältnis für allein ausschlaggebend. In einigen Entscheidungen sagt das RG., daß ein Beherrschungswille nicht erfordert[110]), oder daß der Gewahrsam allein durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben werde[111]). Besonders häufig hat es aber festgestellt, daß zum Gewahrsamsbegriff eine Kenntnis des Gewahrsamsinhabers von dem Vorhandensein der Möglichkeit der Herrschaftsausübung nicht notwendig erforderlich sei[112]). In einer Entscheidung[113]) prüft das RG., inwieweit der Gewahrsam allein durch den Willen aufgegeben werden kann. Es kommt zu dem Ergebnis, daß der rein innere Vorbehalt, die Sache nicht haben zu wollen, die tatsächlich geschaffenen Verhältnisse nicht unwirksam machen könne; infolgedessen könne der Gewahrsam bei fortbestehendem tatsächlichem Verhältnis nicht allein schon durch einen nach außen nicht in die Erscheinung getretenen Willensentschluß aufgehoben werden. Klarer und entschiedener verlangt es in einer älteren Entscheidung[114]) zur Aufhebung des Gewahrsams, daß das physische Vermögen des Inhabers, über die Sache zu verfügen, aufhört. Im 50. Bande findet sich der reinste Niederschlag der Ansicht des RG. Wesentlich vor allem ist der Hinweis des RG., daß sich der Gewahrsam aus räumlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen ergeben kann. Der Gewahrsam kann ein

---

[109]) s. Ausführung S. 27.

[110]) So E. 3, 204; 50, 46; 56, 207.

[111]) E. 5, 222; 52, 339; 56, 207. Die Behauptung Franks C. § 242, IV, Abs. 2, S. 479, das RG. stände vorwiegend auf seinem, dem abweichenden, Standpunkt, ist damit widerlegt.

[112]) E. 3, 204; 50, 46; 54, 233; 55, 220.

[113]) E. 56, 207.

[114]) E. 3, 204.

Raumverhältnis sein, das ist eine glatte Ablehnung gegenüber der Willenstheorie. Aber damit begnügt sich das RG. nicht. Es kann nicht gefordert werden, heißt es weiter, daß der Gewahrsamsinhaber sich seiner Herrschaft bewußt, daß sein Wille auf die Ausübung der Gewalt gerichtet sein müsse[115]). Zum zweiten Male lehnt das RG. die Willenstheorie ab. Und nun folgt die Begründung seiner Ansicht. Tritt das räumliche Verhältnis, der Gewahrsam, auch für den Dieb offen zutage, so darf man nicht die Wegnahmehandlung des Täters nur dann als Wegnahme im Sinne des StGB. ansehen, wenn das tatsächliche Verhältnis nachweislich mit dem Willen des Inhabers begründet ist, in allen anderen Fällen aber eine Wegnahme leugnen. Meistens weiß der Dieb nicht, ob sich die Sache mit Wissen und Wollen des Inhabers an ihrem Platze befindet. Es ist daher ungerechtfertigt, die Handlung als Diebstahl oder Unterschlagung zu werten, je nachdem, ob sich die Sache mit oder ohne bzw. gegen den Willen des Inhabers an dem Platze befand.

Diese logisch einwandfreien und in ihrem praktischen Ergebnis einzig befriedigenden Ausführungen des RG. wirken überzeugend. Der Gewahrsamswille kann kein begrifflich notwendiges Erfordernis des Gewahrsams sein. Der Gewahrsamsbegriff ist also mit dem RG. dahin zu fassen: Gewahrsam ist ein tatsächliches Verhältnis, das in dem Innehaben einer Sache und in der dadurch bewirkten Möglichkeit besteht, über die Sache die tatsächliche Herrschaft auszuüben[116]).

Die zur Gewinnung dieser Definition angestellten Untersuchungen sind für die zur Aufgabe gestellten Erläuterung des Wegnahmebegriffs insofern von Interesse, als die Wegnahme notwendig eine Gewahrsamsverschiebung voraussetzt. Unter Wegnahme versteht man näm-

[115]) E. 50, 46.

[116]) Ähnlich RG. in GA. 61, 126.

lich, wie bereits oben angedeutet wurde[117]), die Aufhebung — Bruch, Entziehung — fremden und Begründung eigenen Gewahrsams. Daneben findet sich die Erklärung: Wegnahme ist Entziehung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne oder gegen seinen Willen. Unangefochten in der Literatur stehen beide Begriffbestimmungen nebeneinander, und doch sind sie der Ausfluß voneinander abweichenden Auffassungen des Begriffs „Wegnahme". Bezieht man die Worte „ohne seinen Willen" in die Definition hinein, so erklärt man damit, daß die Nichteinwilligung seitens des Gewahrsamsinhabers notwendiges Merkmal des Wegnahmebegriffs ist, und daß bei Einwilligung der Begriff der Wegnahme entfällt. Nimmt man die Worte „ohne Willen des Inhabers" nicht in die Definition auf, so stellt man sich auf den Standpunkt, daß Aufhebung fremden und Begründung eigenen Gewahrsams Wegnahme ist, gleichgültig, ob sie mit oder ohne Einwilligung des Inhabers erfolgt. Die Einwilligung spielt dann erst bei der Frage der Rechtswidrigkeit eine Rolle und kann gegebenenfalls diese ausschließen. Daß es eine Wegnahme mit Einwilligung des Gewahrsamsinhabers gibt, mag zunächst fraglich erscheinen. Das liegt daran, daß man infolge der Gesetzesfassung „wer ... wegnimmt, wird wegen Diebstahls bestraft" das „wegnehmen" dem „stehlen" gleichgesetzt hat und unter „wegnehmen" „stehlen" versteht. Geht man jedoch auf den ursprünglichen Sinn des Wortes „wegnehmen" zurück, so zeigt sich deutlich, daß der Sprachgebrauch das Wort „wegnehmen" verwendet, ohne damit die entgegenstehende Willensrichtung des Gewahrsamsinhabers zum Ausdruck bringen zu wollen; z. B.: ich sage zu meinem Diener, „nehmen Sie diese Bücher vom Schreibtisch weg, sie behindern mich bei der Arbeit". Hier handelt es sich um eine Wegnahme mit Einwilligung des Gewahrsamsinhabers.

---

[117]) s. Ausführung S. 8.

In der Literatur, die, wie gesagt[118]), die verschiedenen Auffassungen unbeanstandet gelten läßt[119]), ist überwiegend die Nicht-Einwilligung, nicht als ein Begriffsmerkmal der Wegnahme ausgelegt, sondern im Falle der Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Wegnahme verneint worden.

Am klarsten ist dieser Standpunkt bei Binding, Allfeld, Harburger, Schwartz und Gerland erkennbar. Nach Binding[120]) ist Wegnahme die Ortsveränderung der Sache mit dem Erfolge des Besitzerwerbs für den Täter. Allfeld[121]) und Harburger[122]) sprechen von Entziehung der Sache aus fremden Gewahrsam und Begründung eines anderen Gewahrsams. Schwartz[123]) und ähnlich Gerland[124]) sehen als Wegnahme jede Tätigkeit an, durch welche der Übergang der Sache aus dem fremden Gewahrsam in den eigenen bewirkt wird. Keine der Definitionen enthält einen Hinweis auf die Nichteinwilligung seitens des Inhabers. Alle Autoren betonen aber, daß die Wegnahme objektiv rechtswidrig sein muß, und führen als einen Rechtfertigungsgrund, der die Rechtswidrigkeit der Wegnahme entfallen läßt, die Einwilligung seitens des Inhabers[125]) an. Übereinstimmend äußert sich auch Ekkardt[126]), der sich aber widerspricht, wenn er an anderer Stelle[127]) die fehlende Einwilligung zum Be-

---

[118]) s. Ausführungen S. 33.

[119]) Nur v. Liszt-Schm. L. § 127, S. 445, Anm. 7 a, weist auf den Unterschied hin.

[120]) Binding, L. I. § 74, III, a. S. 291.

[121]) Allfeld, L. § 97, IV, S. 445; so auch Kohler, Leitfaden S. 117. Ähnlich Micelli, a. a. O., S. 15.

[122]) Harburger, V. D. B. 6, S. 208.

[123]) Schwartz, C. § 242, Nr. 7, Abs. 1, S. 533.

[124]) Gerland, L. § 154, II, Abs. 1, S. 447.

[125]) Binding, L. I, § 74, III C und D, Nr. 4, Abs. 1, S. 293; Allfeld, L. § 97, VI, S. 445; Harburger, V. D. B. 6, S. 208; Schwartz, C. § 242, Nr. 8, S. 533.

[126]) Eckardt, a. a. O., S. 34.

[127]) Eckardt, a. a. O., S. 38.

griff des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme rechnet. Von Liszt-Schmidt[128]) und Wachenfeld[129]) sprechen von Bruch fremden und Begründung eigenen Gewahrsams. Diese Fassung ist nicht klar, da schon das Wort „Bruch" auf einen entgegenstehenden Willen bei der Wegnahme hindeutet.

Jedoch ist ein solcher Schluß keineswegs zwingend.

Das RG.[130]) z. B. bezeichnet die Entziehung der Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne dessen Willen als rechtswidrigen Bruch, erklärt damit also, daß das Wort „Bruch" allein die entgegenstehende Willensrichtung noch nicht zum Ausdruck bringt. Da von Liszt-Schmidt aber später davon spricht[131]), daß durch die Einwilligung in die Wegnahme von seiten des Gewahrsamsinhabers die Möglichkeit des Diebstahls[132]), also nicht der Begriff der Wegnahme, ausgeschlossen ist, scheint auch er die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen. Ein weiteres Anzeichen ist aus seiner Bemerkung[133]) zu ersehen zu dem Satze des RG.[134]), Wegnahme ist Entziehung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne seinen Willen. Danach müßte, sagt von Liszt-Schmidt, das Einverständnis den strafrechtlichen Begriff der Wegnahme überhaupt aufheben. Aus dem „müßte" ist die Ablehnung dieser Auffassung herauszulesen.

Wachenfeld, der die Wirkungen der Einwilligung nur allgemein und nicht noch besonders beim Diebstahl behandelt[135]), sieht in der Einwilligung die Beseitigung der

---

[128]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, Abs. 1, S. 444.

[129]) Wachenfeld, L. § 97, III, Abs. 12, S. 373.

[130]) RG. in GA. 61, 126.

[131]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III 1, S. 444.

[132]) So auch Hälschner, L. II 1, § 78, S. 288, der damit auch der herrschenden Ansicht beitritt.

[133]) v. Liszt-Schm., L. § 127, III, S. 445, Anm. 7 a.

[134]) E. 53, 336.

[135]) Wachenfeld, L. § 39, IV, Abs. 2, S. 132, gleicher Ansicht Köhler, L. § 33, II g, Abs. 1, S. 409.

Rechtswidrigkeit. Da er für den Diebstahl keine Ausnahme aufstellt, gilt der Satz auch hier uneingeschränkt.

Auch Ebermayers Ausführungen stehen auf demselben Boden. Die Frage der Einwilligung wird bei der Definition der Wegnahme nicht berührt[136]), sondern bei der Feststellung, daß die Wegnahme objektiv rechtswidrig sein müsse[137]). Bei der Prüfung des Diebstahlsvorsatzes sagt Ebermayer[138]), die Besitzverdrängung müsse widerrechtlich sein, hierzu genüge das Bewußtsein, daß der Besitzer seine Einwilligung nicht erteilt habe.

Frank[139]), v. Schwarze[140]) und Schütze[141]), die den Begriff der Wegnahme nicht definieren, erklären, daß die Rechtswidrigkeit der Wegnahme infolge Einwilligung entfalle; also auch sie sehen die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund an und nicht als Bestandteil des Wegnahmebegriffs.

Berner[142]) und Geyer[143]) nehmen die Worte „ohne oder gegen den Willen des Inhabers" in die Begriffsbestimmung der Wegnahme nicht auf, bekennen sich demgemäß auch zur herrschenden Ansicht.

Die abweichende Meinung, die die Nichteinwilligung zum Begriffmerkmal der Wegnahme erhebt, wird in der jüngeren Literatur nur von Olshausen vertreten. Er sagt[144]): Die Aufhebung des fremden Gewahrsams muß ohne Willen des Inhabers geschehen; eine Wegnahme ist daher ausgeschlossen, wenn der Inhaber in die Aufhebung seines Gewahrsams einwilligt.

Von älteren Autoren, die gleicher Ansicht wie Ols-

---

[136]) Ebermayer, C. § 242, I, Nr. 5, S. 722.
[137]) Ebermayer, C. § 242, I, Nr. 5 c, S. 723.
[138]) Ebermayer, C. § 242, II, A a, Abs. 2, S. 724.
[139]) Frank, C. § 242, VI, Nr. 3, S. 483.
[140]) v. Schwarze, C. § 242, Nr. 14, Abs. 4, S. 671.
[141]) Schütze, L. § 91, S. 429.
[142]) Berner, L. Abschn. 19, 1. Tit., III, Nr. 6, S. 555.
[143]) Geyer, Grundriß, II, § 94, Nr. 6, S. 45.
[144]) Olshausen, C. II, § 242, Nr. 22, Abs. 1/2, S. 944.

hausen sind, ist Oppenhoff, Rüdorff und Rubo[145]) zu nennen. Nach Oppenhof[146]) wird durch die Nicht-Einwilligung seitens des Inhabers der Begriff der Wegnahme bedingt. Begriffsmäßig liegt eine Wegnahme nicht vor, sagen Rubo[147]) und Rüdorff[148]), wenn die Entfernung mit Einwilligung des Inhabers erfolgte. Merkels Ausführungen lassen seinen Standpunkt nicht klar erkennen. Er knüpft an den Satz, die Wegnahme muß wider den Willen des Inhabers erfolgen[149]), die Bemerkung, das läge in den Worten „einem anderen wegnimmt". Man könne nicht sagen, m i r wird eine Sache weggenommen, wenn ich in die Wegnahme einwillige[150]). Mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch will Merkel also unter Wegnahme nur die Wegnahme wider Willen verstehen. Auch er sieht in der Nicht-Einwilligung ein Begriffsmerkmal der Wegnahme. An anderer Stelle[151]) behauptet er allerdings, die Einwilligung des Inhabers schließe den Diebstahlsbegriff aus, es hätte besser geheißen, „schließe den Wegnahmebegriff und daher den Diebstahlsbegriff aus". Die von ihm gebrauchte Wendung liegt mehr im Sinne der herrschenden Ansicht, die trotz Einwilligung den Wegnahmebegriff bestehen läßt und dann sagt, die Einwilligung schließt infolge Wegfalls der Rechtswidrigkeit den Diebstahlsbegriff aus.

Das Reichsgericht ist sich über die verschiedene Bedeutung, die der Einwilligung beim Diebstahl beigemessen wird, nicht klargeworden. Schlagenden Beweis hierfür bildet eine Entscheidung, die die beiden verschiedenen Auffassungen miteinander vermengt. Wegnahme ist be-

---

145) Bei Rubo, C. § 242, Nr. 6, Abs. 1, S. 811, findet sich die klarste Fassung des Wegnahmebegriffs vom Standpunkt dieser Lehrmeinung: Wegnahme ist die Entfernung einer Sache ohne oder gar gegen den Willen des Inhabers.

146) Oppenhoff-D., C. § 242, Nr. 34, S. 574.

147) Rubo, C. § 242, Nr. 6, Abs. 2, S. 812.

148) Rüdorff-St., C. § 242, Nr. 19, S. 522.

149) Merkel, H. H. 3, S. 643.

150) Merkel, H. H. 3, S. 643, Anm. 4.

151) Merkel, H. H. 3, S. 645 und L. § 122, Nr. 2 b, S. 320.

grifflich die Entziehung einer Sache, heißt es dort[152]), aus dem Gewahrsam eines anderen ohne seinen Willen. Einverständnis des Gewahrsamsinhabers mit der Wegnahme nimmt ihr die Rechtswidrigkeit. Folgerichtig hätte der zweite Satz lauten müssen, Einverständnis des Gewahrsamsinhabers mit der Wegnahme hebt den Begriff der Wegnahme[153]) auf. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen, hat nur dann Sinn, wenn man den Begriff der Wegnahme trotz Einwilligung bestehen läßt. Fällt schon infolge Einwilligung die Wegnahme fort, so ist es widersinnig, die Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund zu betrachten; denn ist das Merkmal der Wegnahme nicht gegeben, so erübrigt sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Wegnahme. In derselben Entscheidung heißt es noch einmal später[154]), Wegnahme bedeutet den Bruch fremden Gewahrsams und zwar regelmäßig durch Begründung eigenen Gewahrsams. Hier fehlen also die Worte „ohne Einwilligung". Auch andere Entscheidungen des RG. zeugen davon, daß das RG. die verschiedenen Auffassungen, die über die Einwilligung in die Wegnahme bestehen, nicht scharf auseinanderhält. Das RG. neigt aber mehr zu der Ansicht, daß die Nichteinwilligung Begriffsmerkmal der Wegnahme ist. Dafür sprechen drei Entscheidungen. In der ersten heißt es[155]): von Wegnahme könne nicht die Rede sein, wenn die Aufhebung des bisherigen und die Anmaßung des eigenen Gewahrsams mit Zustimmung des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt sei. Die zweite[156]) normiert die Wegnahme als Entziehung des Gewahrsams ohne Zustimmung des Inhabers. Die dritte Entscheidung aus späterer Zeit[157]) setzt als Merkmal

---

[152]) E. 53, 337.

[153]) Darauf weist auch v. Liszt-Schm. hin, L. § 127, S. 445, Anm. 7 a.

[154]) E. 53, 339.

[155]) R. 4, 129.

[156]) E. 5, 220.

[157]) RG. in GA. 61, 126.

der Wegnahme den rechtswidrigen Bruch fremden Gewahrsams voraus, wobei unter rechtswidrigem Bruch die Entziehung einer Sache aus dem Gewahrsam eines anderen ohne dessen Willen verstanden wird. Da das RG. von rechtswidrigem Bruch spricht, umfaßt nach seiner Ansicht, wie schon oben erwähnt[158]), der Ausdruck „Bruch" noch nicht den entgegenstehenden Willen. Die Entscheidungen, die die Wegnahme schlechthin als Bruch — oder noch klarer als Aufhebung — fremden und Begründung eigenen Gewahrsams definieren und das Merkmal des entgegenstehenden Willens nicht noch ausdrücklich aufnehmen, treten daher zu den vorgenannten in einen Gegensatz. Für sie ist die Nichteinwilligung des Inhabers kein notwendiges Begriffsmerkmal der Wegnahme, sie stehen auf dem Boden der herrschenden Ansicht, wenn sie auch nicht ausdrücklich hervorheben, daß die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzusehen ist. In Betracht kommen wiederum drei Entscheidungen. Die erste[159]) versteht unter Wegnahme Aufhebung fremden und Begründung eigenen Gewahrsams. In der zweiten Entscheidung[160]) wird zur beendeten Wegnahme erfordert, Bruch fremden Gewahrsams durch Erlangung der eigenen Verfügungsgewalt über die Sache. Nach Ansicht der dritten Entscheidung[161]) geht der Dieb darauf aus, den Gewahrsam des Berechtigten zu brechen und eigenen Gewahrsam an der Sache zu erlangen. Bedeutsam ist, daß diese beiden Entscheidungen und die anfangs erwähnte, die beide Auffassungen nebeneinander stellt, in den letzten Jahren ergangen sind, das Reichsgericht demzufolge neuerdings sich mehr der herrschenden Ansicht nähert.

Erwähnt sei noch eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals, die sich gleichfalls zur herrschenden Ansicht bekennt. Es handelte sich darum, ob das Nicht-

---

[158]) s. Ausführung S. 35.
[159]) E. 48, 59.
[160]) E. 54, 33.
[161]) E. 54, 183.

hindern der Wegnahme den Diebstahl ausschließende Einwilligung sei. Das Obertribunal[162]) sagt, durch die Tatsache, daß die Wegnahme nicht gehindert worden sei, könne die Rechtmäßigkeit der Wegnahme nicht begründet werden, vielmehr stehe deren Rechtswidrigkeit fest.

Der herrschenden Ansicht ist meines Erachtens beizutreten und zwar aus historischen Erwägungen. Auszugehen ist vom § 1108 ALR., welcher lautet: Wer um seines Gewinnes, Vortheiles und Genusses willen eine bewegliche Sache aus dem Besitze eines anderen ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, der macht sich eines Diebstahls schuldig. Das ALR. setzte also zu der Entwendung die Worte „ohne Einwilligung" hinzu und gab damit zu erkennen, daß es in dem Begriff der Entwendung die fehlende Einwilligung noch nicht mit enthalten sah. Die späteren Entwürfe zu einem preußischen StGB. behielten die Wendung „ohne Einwilligung" bei und ersetzten nur das Wort „Entwendung" durch „Wegnahme". Daß darin keine sachliche Änderung zu erblicken war, insbesondere die „Wegnahme" die mangelnde Einwilligung nicht mitumfaßte, geht schon daraus hervor, daß neben das Verbum „wegnimmt" die Worte „ohne Einwilligung" traten. Erst der Entwurf von 1850 strich die Worte „ohne Einwilligung". Von entscheidender Bedeutung sind die Gründe hierfür, die sich aus den Motiven ergeben. Es heißt dort[163]): Die Worte „ohne dessen Einwilligung" waren als überflüssig zu streichen, da sich schon aus dem Ausdruck „rechtswidrig" ergibt, daß die Fortnahme der Sache ohne Einwilligung des Inhabers stattgefunden haben muß. Da diese Begründung von beiden Kammern, von der ersten ausdrücklich, gutgeheißen wurde[164]), kann sie als wesentlicher Anhaltspunkt für die Auslegung des Gesetzes herangezogen werden. Welche Schlüsse lassen sich

[162]) O. 15, 115.

[163]) Angegeben bei Goltd., a. a. O., S. 462 und bei Temme, L., S. 904.

[164]) Nachweis bei Temme, L., S. 904.

nun aus den Motiven ziehen? Die Worte „ohne Einwilligung" sind als überflüssig gestrichen worden. Hätte man diese Streichung damit begründet, daß sich schon aus dem Begriff der Wegnahme die fehlende Einwilligung ergäbe, die Worte daher überflüssig wären, so hätten die Autoren tatsächlich Recht, die die mangelnde Einwilligung als Begriffsmerkmal der Wegnahme auffassen. Aber in dieser Art ist die Streichung nicht begründet worden, sondern man hat gesagt: das Gesetz stellt ohnehin das Merkmal der Rechtswidrigkeit auf und zwingt daher zur Prüfung der Frage, ob die Rechtswidrigkeit durch Einwilligung ausgeschlossen ist. Es ist daher unnötig, noch einmal auf die eventuelle Einwilligung durch die Worte „ohne dessen Einwilligung" hinzuweisen. Allerdings steht das Wort „rechtswidrig", auf das die Motive verweisen, bei der Zueignungsabsicht und läßt nur eine Prüfung der Einwilligung in die Zueignung zu, während es sich hier um die Rechtswidrigkeit der Wegnahme und deren Ausschluß durch Zustimmung des Inhabers in die Wegnahme handelt. Jedoch können hieraus keine Bedenken hergeleitet werden. Die Motive wollten allgemein darauf hinweisen, daß die Frage der Einwilligung bei Feststellung der Rechtswidrigkeit zu prüfen, die besondere Erwähnung der mangelnden Einwilligung demnach überflüssig sei. Wenn die Motive trotzdem nur auf die Rechtswidrigkeit der Zueignung Bezug nehmen, so handelt es sich um eine Breviloquenz.

Die Motive lassen also zweifelsfrei erkennen, daß die fehlende Einwilligung kein notwendiges Begriffsmerkmal der Wegnahme ist, sondern daß die Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Wegnahme beseitigt.

Diese Ansicht wurde auch unter der Herrschaft des preußischen StGB. anerkannt, so vor allem von Goltdammer, der auf die Entstehungsgeschichte[165]) hinweist und auch von Hälschner, welcher sagt[166]), die Wegnahme ist

[165]) Goltdammer, a. a. O., S. 462.

[166]) Hälschner, System des preußischen Strafrechts, 2. Teil, § 70, III, S. 426.

widerrechtlich, wenn sie wider den Willen des Inhabers erfolgt. Die Einwilligung schließt den Tatbestand des Diebstahls aus. Ähnlich Temme[167]), der zum Vorsatz das Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit erfordert, dieses aber durch Annahme der Einwilligung für ausgeschlossen ansieht.

Daß die abzulehnende Auffassung, die die mangelnde Einwilligung als Begriffsmerkmal der Wegnahme ansieht, noch in der Literatur zum RStGB. vertreten wird, nimmt nicht wunder, da schon bald nach Erlaß des Preußischen StGB. dieser falschen Ansicht gehuldigt wurde. Müller in seinem Kommentar zum Preußischen StGB. behauptet[168]), durch die Einwilligung in die Wegnahme entfiele der Begriff der Wegnahme und beruft sich hierzu auf die Motive, die, wie wir gesehen haben, gerade diese Folgerung nicht ziehen.

Zusammenfassend ist festzustellen, Wegnahme bedeutet Aufhebung fremden und Begründung eigenen Gewahrsams, wobei unerheblich ist, ob die Aufhebung mit oder ohne bzw. gegen den Willen des bisherigen Inhabers erfolgt. Ob eine Einwilligung vorliegt, ist bei der Frage der Rechtswidrigkeit der Wegnahme zu prüfen, bejahendenfalls wird nicht der Begriff der Wegnahme, sondern deren Rechtswidrigkeit aufgehoben.

Der Begriff der Wegnahme verlangt außer der Aufhebung eines fremden auch die Begründung eigenen Gewahrsams. Damit ist ein alter Streit beendet, der zur Zeit des gemeinen Rechtes die Gemüter stark bewegt hat. Über die Vollendung des Diebstahls waren nämlich drei Theorien aufgestellt worden:

1. die Kontrektationstheorie, die zur Vollendung ein Berühren der Sache für ausreichend erachtet,
2. die Ablationstheorie, die ein Wegbringen der Sache vom Tatort oder als Illationstheorie sogar die Bergung der Sache erfordert.

---

[167]) Temme, L., S. 909.

[168]) Müller, C., § 215, S. 643.

3. Die Apprähensionstheorie, die zur Vollendung eigene Gewahrsamsbegründung verlangt.

Die Kontrektationstheorie gründet sich auf die von Paulus gegebene Definition des Diebstahls in den Digesten 47, 2, 1, 3: furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Schon zu Beginn des vorigen Jahrhunderts hat Klien[169]) nachgewiesen, daß dem Wort „contrectatio" nicht die enge Bedeutung des „Berührens", sondern eine umfassendere Auslegung zukam. Diese Theorie wurde schon damals nur von wenigen Schriftstellern vertreten. Größere Bedeutung erlangte die Ablationstheorie. Auch sie stützt sich zum Teil auf das römische Recht, auf Aussprüche in den Digesten[170]), zum Teil beruft sie sich aber auch auf das deutsche Recht, insbesondere auf die Artikel 167, 168 der Constitutio Criminalis Carolina von 1532. Daß auch dieser Theorie Mißverständnisse unterlaufen sind, hat Klien[171]) eingehend auseinandergesetzt. Zunächst behandelt er einige Digestenstellen, die von der Ablationstheorie zur Stützung ihrer Ansicht herangezogen werden. In Digesten 47, 2, 5 wird zwar von einem Forttragen an einen bestimmten Ort gesprochen[172]); jedoch geschieht dies nur, um den Unterschied zwischen dem furtum manifestum und dem furtum nec manifestum klarzulegen. Ulpian sagt ausdrücklich[172]): wird der Dieb ergriffen, bevor er den Gegenstand an einen bestimmten Ort gebracht hat, so ist er ein fur manifestus. Zur Vollendung des furtum manifestum ist also das Wegschaffen der Sache nicht er-

---

[169]) Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, S. 260. Darauf wiesen später auch hin Meyer, L. § 86, Z. 7, S. 656/57, Anm. 60/1 und Siemons, a. a. O., S. 63.

[170]) Digesten, 47, 2, 5; 47, 2, 58; 49, 15, 5, 1.

[171]) Klien, a. a. O., S. 261—267. Ähnlich Goltdammer zu § 215, S. 462.

[172]) Sive igitur in publico sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur.

forderlich. Mit Recht erklärt Klien[173]), daß diese Stelle nicht für, sondern gegen die Ablationstheorie spricht.

Auch aus Digesten 47, 2, 58 kann nichts für die Ansicht der Ablationstheorie entnommen werden. Hier handelt es sich darum, daß jemand auf fremdem Boden nach Ton gräbt[174]). Alfenus entscheidet, daß der Diebstahl im Forttragen und nicht im Graben zu sehen ist. Jedoch will er damit nicht schlechthin zur Vollendung des Diebstahls ein Wegschaffen der Sache für erforderlich erklären, sondern nur zum Ausdruck bringen, daß der Ton erst mit Loslösung vom Boden eine selbständige Sache wird, und erst dann ein Diebstahl an ihm möglich ist. In diesem besonders gelagerten Falle ist daher der Diebstahl erst mit dem Forttragen vollendet.

Schließlich kann auch der Analogieschluß aus Digesten 49, 15, 5, 1 nicht verfangen. Nach dieser Stelle soll das Eigentum an Sachen, die dem Feinde im Kriege abgenommen worden sind, erst dann erworben werden, wenn die Sachen in das Lager gebracht sind. Abgesehen davon, daß einer solchen Analogie erhebliche Bedenken entgegenstehen, erbringt Klien[175]) den Beweis, daß diese Digestenstelle nicht so auszulegen ist; denn in Digesten 41, 1, 5, 7[176]) wird der sofortige Eigentumserwerb an dem Feind abgenommenen Sachen anerkannt. Mit Unrecht berufen sich also die Anhänger der Ablationstheorie auf das römische Recht.

Weiterhin stützt sich die Ablationstheorie auf die Artikel 167, 168 der Carolina. In diesen Artikeln, die vom Feld- und Holzdiebstahl handeln, finden sich die Aus-

---

[173]) Klien, a. a. O., S. 261.

[174]) Si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset.

[175]) Klien, a. a. O., S. 263.

[176]) Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt.

drücke[177]) heimlich nehmen und wegtragen" und „heimlich hinwegführen". Daß hiermit nicht die Ablationstheorie anerkannt werden sollte, ergibt sich aus den Artikeln 157, 158 der Carolina, die im Anschluß an das römische Recht zwischen heimlichem und offenem Diebstahl unterscheiden. Nach Art. 158[178]) liegt offener Diebstahl vor, wenn der Täter ergriffen wird, bevor er an seinen Gewahrsam gelangt ist. Zur Vollendung des offenen Diebstahls ist also ein Fortschaffen der Sache nicht erforderlich. Auch auf das deutsche Recht kann sich demnach die Ablationstheorie nicht berufen.

In dem Schrifttum hatte sich Carpzow[179]) besonders für die Ablationstheorie eingesetzt; er forderte sogar weitergehend zur Vollendung des Diebstahls, daß die Sache schon in Sicherheit gebracht worden ist und stellte damit die Illationstheorie, eine Abart der Ablationstheorie, auf. Später wurde bald in der Literatur der Boden der Ablationstheorie verlassen. Nur die sächsische Praxis verlangte auch fernerhin ein Wegschaffen, ja sogar ein Bergen der Sache zur Vollendung. Erst das sächsische StGB. hat diesen Standpunkt aufgegeben und im Art. 225 bestimmt, daß der Diebstahl vollendet ist, sobald der Dieb die Sache an sich genommen hat. In den Motiven zu diesem Gesetz wurde die Ansicht von Carpzow ausdrücklich verworfen unter dem Hinweis, daß sie mit den Art. 157, 158 der Carolina im Widerspruch stehe[180]).

---

[177]) Art. 167: Item wer bei nächtlicher weil jemandt sein früchl oder auff dem feldt sein nutzung, wie das alles namen hat, heymlicher und gefehrlicher weiß nimpt und die hinweg tregt oder füret, das ist auch eyn diebstal. — Art. 168: Item so jemandt sein gehawen holtz dem andern heymlich hinweg füret, das ist eynem diebstal gleich.

[178]) Art. 158: Item so aber der dieb ... bevor er an sein gewarsam kompt betretten würd, ... ist eyn offner diebstal.

[179]) Carpzow, Definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas. Pars 4, constitutio 32, definitio 20 S. 1421. Carpzow, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium. Pars 2, quaestio 78, Nr. 5, S. 224.

[180]) Wächter, Arch. des Kriminalrechts, Bd. 1840, S. 162, Anm. 7.

Hielt man daher zur Vollendung des Diebstahls ein Berühren der Sache nicht für ausreichend, erachtete man aber auch auf der anderen Seite ein Wegschaffen oder gar ein Bergen der Sache nicht für erforderlich, so konnte sich nur eine Mittelmeinung durchsetzen. Diese Mittelmeinung war die Apprähensionstheorie, die zur Vollendung des Diebstahls eine Besitzergreifung (nach damaliger Sprechweise) erforderte. Der Täter muß die Sache in seinen Gewahrsam gebracht haben. Das wird jetzt in der Literatur sowie in der Rechtsprechung allgemein angenommen[181]). Das RG. hat in mehreren Entscheidungen sich zur Frage der Vollendung der Wegnahme geäußert. In einer Entscheidung[182]) wird die Ablationstheorie ausdrücklich abgelehnt mit dem Bemerken, daß nicht das Wegbringen, sondern das Wegnehmen den Diebstahl vollende. Ein andermal sagt das Reichsgericht[183]), der Bruch fremden Gewahrsams geschehe regelmäßig durch Begründung eigenen Gewahrsams. Klar gekennzeichnet ist der Standpunkt des RG. im 52. Bde.[184]), wo es heißt: Die diebische Wegnahme im Sinne des § 242 StGB. ist vollendet, sobald der wegzunehmende Gegenstand aus dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers in den Gewahrsam, die tatsächliche Verfügungsgewalt, des Diebes gelangt ist.

Hiermit und mit der gesamten Literatur in Übereinstimmung ist also der Begriff der Wegnahme zu bestimmen als die Aufhebung fremden und die Begründung eigenen Gewahrsams.

---

[181]) Binding, L. I, § 74, III, Ab, 1, S. 292; v. Liszt-Schm., L. § 124, S. 418, Anm. 18; Allfeld, L. § 97, V, S. 444/45; Wachenfeld, L. § 97, III, S. 373/74; v. Schwarze, C. § 242, Nr. 18, S. 674; Oppenhoff, C. § 242, Nr. 39, S. 555; Ebermayer, C. § 242, II, 4 d, S. 723; Olshausen, C. II, § 242, Nr. 24, Abs. 2, S. 945; Harburger, V. D. B. 6, S. 206, Anm. 5; Frank, C. § 242, VI, Nr. 1, S. 482; Schwartz, C. § 242, Nr. 7, Abs. 2, S. 533.

[182]) R. G. in G. A. 69, 102.

[183]) E. 54, 264.

[184]) E. 52, 76.

Der Begriff der Wegnahme, wie er im § 242 StGB. verankert ist, ist auch in den Vorentwürfen zum RStGB. beibehalten worden. Der Entwurf von 1909 wählte zwar eine andere Fassung und sagte im § 269 „wer eine fremde bewegliche Sache aus dem Gewahrsam eines anderen wegnimmt". Hierin sollte aber, wie die Begründung[185]) ausführt, keine sachliche Änderung liegen. Der Entwurf von 1913[186]) strich diese Worte wieder und hielt sich an den Wortlaut des geltenden Rechts. § 355 des Entwurfes bestimmte: Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen wegnimmt. Dabei wollte es auch der Entwurf von 1919 in seinem § 359[187]) und will es jetzt der Amtliche Entwurf von 1925 im § 296 belassen. Die Begründung zum Entwurf von 1925[188]) bemerkt, der Diebstahl erfordere, daß eine fremde bewegliche Sache dem Berechtigten entzogen und in die eigentumsähnliche Verfügungsgewalt eines anderen übergeführt werde; zu diesem Zwecke breche der Dieb den Gewahrsam. Diese Definition besagt dasselbe wie die hier gegebene: Wegnahme ist Aufhebung fremden und Begründung eigenen Gewahrsams.

---

[185]) Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, besonderer Teil zu § 269, S. 734.

[186]) Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen StGB., S. 75.

[187]) Entwürfe zu einem deutschen StGB., S. 306.

[188]) Amtlicher Entwurf eines Allgem. Deutschen StGB., 2. Teil, Begründung, S. 150.

Literatur.

I. Lehrbücher, Commentare, Grundrisse, Leitfaden.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. Leipzig-Erlangen 1922.

Berner: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl. Leipzig 1898.

Binding: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. I, 2. Aufl. 1902.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch, 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1925.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3.—5. Aufl. Berlin 1900.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. Tübingen 1926.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922.

Geyer: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines, deutsches Strafrecht, 2. Hälfte, München 1884/1885.

Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, Theil II, Berlin 1852.

Hälschner: System des Preußischen Strafrechts, Theil II, Die Verbrechen gegen das Recht der Privatperson. Bonn 1868.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd., 1. Abtlg., Bonn 1884.

Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1912.

Köhler: Deutsches Strafrecht, Leipzig 1917.

v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24. Aufl. Berlin und Leipzig 1922.

Lucas: Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 2. Teil, 3. Aufl. Berlin 1912.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl. Erlangen 1888.

Müller: Das Preußische Strafgesetzbuch, 3. Aufl. Berlin 1857.

Olshausen-Zweigert: Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 10. Aufl. Berlin 1916.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. Berlin 1901.

Rubo: Commentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879.

Rüdorff-Stenglein: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Berlin 1892.
Schütze: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl. Leipzig 1874.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1914.
v. Schwarze: Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5. Aufl. Leipzig 1884.
Temme: Lehrbuch des preußischen Strafrechts, Berlin 1853.
Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, München 1914.

II. Sonstige Literatur, insbesondere Monographien.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, Begründung, Berlin 1925.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Besonderer Teil, Berlin 1909.
Carpzow: Definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas, Leipzig u. Frankfurt 1684.
de Boehmer: Mediationes in Constitutionem criminalem Carolinam, Halle, Magdeburg 1724.
Carpzow: Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, Wittenberg 1646.
Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920.
Ebermayer: Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, Berlin 1914.
v. Holtzendorff: Handbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. 3.
Klien: Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. Theil, Nordhausen 1806.
Lobe: Über den Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, Leipzig 1898.
Micelli: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht. In Strafrechtl. Abhandlungen, 14. Serie, H. 72, Breslau 1906.
Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, B. Besonderer Teil.

III. Inaugural-Dissertationen.

Eckardt: Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl, Würzburg 1899.
Ehrenhardt: Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die Verbrechensbegriffe, Diebstahl, Unterschlagung und auch Besitzentziehung (StGB. § 289). Erlangen 1902.
Ewald: Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung, Berlin 1900.
Laemmert: Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242, 246 StGB., Heidelberg 1909.
Römpler: Der Begriff des Gewahrsams, Göttingen 1894.

Siemons: Der Begriff der „Wegnahme“ im Deutschen Strafrecht, Greifswald 1918.

IV. Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts im Goltdammer Archiv.
Oppenhoff: Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und des Königlichen Oberappelationsgerichts in Strafsachen.

V. Zeitschriften.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Deutsche Juristenzeitung.
Archiv für Strafrecht und Strafprozeß von Goltdammer.
Der Gerichtssaal.
Archiv des Kriminalrechts.
Jherings Jahrbücher.

Lebenslauf.

Verfasser, Hellmut Schröter, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit, wurde als Sohn des Ersten Landesrats Dr. jur. Paul Schröter am 27. November 1901 in Breslau geboren. Nach einjährigem Privatunterricht besuchte er von Ostern 1909—1911 die Vorschule von Fräulein von Zawadsky und trat Ostern 1911 in die Sexta des Elisabethgymnasiums in Breslau ein. Ostern 1919 verließ er das Gymnasium mit der Versetzung nach Unterprima und schloß sich einem beim Grenzschutz gebildeten Freiwilligenkorps an. Nach Auflösung seiner Formation im März 1920 kehrte Verfasser nach Hause zurück, um sich für die Abiturientenprüfung vorzubereiten. Er nahm an einem Kriegskursus teil, der an das Magdalenengymnasium in Breslau angegliedert war, und bestand Ostern 1921 die Reifeprüfung. Nachdem Verfasser im Sommer 1921 in einer Breslauer Buchhandlung gearbeitet hatte, ließ er sich im Wintersemester 1921/22 bei der Philosophischen Fakultät in Breslau immatrikulieren und hörte zwei Semester Vorlesungen über Geschichte und Literatur. Vom Wintersemester 1922/23 ab, mit Ausnahme des Sommersemesters 1923, das er in Halle studierte, war Verfasser bis zum Sommersemester 1926 bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Breslau eingeschrieben. Am 2. Dezember 1926 bestand er die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 7. Dezember 1926 zum Gerichtsreferendar ernannt. Seit dem 11. Dezember 1926 befindet sich Verfasser in der Ausbildung als Gerichtsreferendar in Breslau.